Information Commissioner of Canada
Commissaire à l'information du Canada

# Response to the Report of the Access to Information Review Task Force

## A Special Report to Parliament

103-02834/

# Response to the Report of the Access to Information Review Task Force

## A Special Report to Parliament

by

The Honourable John M. Reid, P.C.
Information Commissioner of Canada

September 2002

"Knowledge and understanding of the past is vital equipment for a society as it moves into its future. Transparency in government defines true democracy."

Anthony Summers in forward to: *Secrecy Wars*, 2001
by Philip H. Melanson

The Information Commissioner of Canada
112 Kent Street, 22nd Floor
Ottawa ON K1A 1H3

(613) 995-2410 1-800-267-0441 (toll-free)
Fax (613) 947-7294
(613) 992-9190 (telecommunications device for the deaf)
general@infocom.gc.ca
www.infocom.gc.ca

©Minister of Public Works and Government Services Canada 2002

Cat. No. IP4-1/2002
ISBN 0-662-66765-4

"The Information Commissioner may, at any time, make a special report to Parliament referring to and commenting on any matter within the scope of the powers, duties and functions of the Commissioner where, in the opinion of the Commissioner, the matter is of such urgency or importance that a report thereof should not be deferred until the time provided for transmission of the next annual report of the Commisssioner under section 38."

Subsection 39(1)
*Access to Information Act*

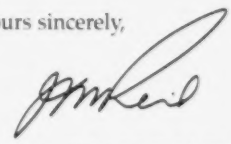
September 2002

The Honourable Peter Milliken
The Speaker
House of Commons
Ottawa ON K1A 0A6

Dear Mr. Milliken:

I have the honour to submit my special report to Parliament entitled:
"Response to the Report of the Access to Information Review Task Force".

Yours sincerely,



The Hon. John M. Reid, P.C.

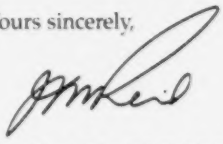
September 2002

The Honourable Daniel Hays
The Speaker
Senate
Ottawa ON K1A 0A4

Dear Mr. Hays:

I have the honour to submit my special report to Parliament entitled:
"Response to the Report of the Access to Information Review Task Force".

Yours sincerely,



The Hon. John M. Reid, P.C.

# Index


Page

Introduction ..... 9

Changing the Balance in Favour of Secrecy ..... 12

Expanding the Act's Coverage ..... 15

Relaxing Cabinet Secrecy ..... 17

a) Less vigorous oversight ..... 17

b) More secrecy for policy options ..... 18

c) Making it mandatory to assert the Cabinet confidence privilege ..... 19

Additional Obligations on Requesters ..... 20

Changing the Commissioner's Role and Powers ..... 25

Non-Legislative Changes: Fixing the Foundations ..... 28

a) Information management ..... 29

b) Performance statistics ..... 30

c) Creating a culture of openness ..... 31

Next Steps ..... 33

Appendix A - excerpt from 2000-2001 Annual Report ..... 34

Appendix B - performance statistics model ..... 71

# Introduction

Canada's former Minister of Justice, Anne McLellan, made her first public comment on the need to reform and strengthen the *Access to Information Act*, during a Liberal party conference accountability session on March 18, 2000. Days later, this Commissioner wrote to the former minister to congratulate her on the initiative and to urge her to conduct the review by means of a public process rather than by means of an internal review by bureaucrats.

The former minister, and the President of Treasury Board, Lucienne Robillard, announced, on August 21, 2000, that they would proceed with the review. Alas, they also announced that they had chosen to pursue their "ongoing efforts to improve access to government information for all Canadians" by means of an internal review by a task force composed of bureaucrats. The Task Force included seven Justice Department lawyers (including the Chair, Andrée Delagrave); two officials from each of Treasury Board Secretariat and National Archives; one official from each of Privy Council Office and Department of Finance; and a lawyer on assignment from the Government of Newfoundland and Labrador.

The work of the Task Force was assisted by an advisory committee of 14 assistant deputy minister level bureaucrats.

The Task Force proceeded with its work, from August of 2000 until May of 2001 in this format. While, early on, it envisaged the creation of an external advisory committee, as a counterbalance to all the insiders, it proved difficult to secure willing candidates and have them positively vetted through the PCO.

It was not until May 9, 2001, that the external advisory committee, comprised of nine individuals, was in place. Three of the nine were former deputy ministers of federal departments--including the Chair of the External Advisory Committee, Roger Tassé, Q.C., former Deputy Minister of Justice. The others came from academia, private business and the media. Only two could be said to be regular users of the access law. This external advisory committee did not have the same frequency of access to the Task Force or depth of briefing from the Task Force as did the internal advisory committee. The external advisory committee was not asked to, and did not, approve the Task Force recommendations.

In addition to these two advisory committees, the Task Force met regularly with a group of some 25 access to information coordinators. Their views and recommendations appear to have had the greatest influence on the Task Force results. From their anecdotal reports of "bad behaviour" on the part of access requesters came most of the anti-user and pro-government recommendations in the Task Force's report. The statistical record, of responsible behaviour by users, went largely ignored.

At no time did the Task Force seek to establish advisory committees of individual users, business users, members of Parliament, members of media or regulators (Office of the Information Commissioner, judges of Federal Court). In this latter regard, a former Assistant Information Commissioner was

originally named to the Task Force, but he departed in the early months of the Task Force's work.

None of this preamble is intended to cast aspersions on any individual who participated on the Task Force or the advisory committees. It is simply intended to show how heavily weighted the process was towards the "insider" perspective. Yes, there were opportunities for Canadians to make written submissions--although there was no publicized invitation for them to do so. As well, focus groups were conducted by the Public Policy Forum, at a very high level of generality, to seek some "public" input on the need for reform of the *Access to Information Act*. On the other hand, in-depth meetings were held with:

- access coordinators from in excess of 60 institutions
- access coordinators from departments which had been given a "report card" by the Information Commissioner
- senior advisory committee of coordinators
- heads of 13 departmental communications groups
- 14 departmental security, defence and law enforcement officials
- four sessions of consultation with government officials conducted by Public Policy Forum.

The extent of the influence of public service insiders is not even fully documented in the Task Force Report and associated documentation. This office is aware that at least two written submissions by former public officials, which influenced the Task Force Report, remain secret. Knowing the identities of the authors would surely assist the public in assessing why the Task Force adopted certain of their suggestions for weakening the investigative powers of the Information Commissioner.

By any reasonable measure, the Task Force review "process" was entirely inadequate for determining how to strengthen the right of access. As a result, there is a great irony in the title which the Task Force gave to its report: "Making it Work For Canadians". By design of the process, and (as we shall see) from an assessment of its content, this set of reform proposals might, more aptly, be titled: "Making it (less) work for government officials".

Once again we are, with this Task Force Report, confronted with the reality that bureaucrats like secrets--they always have; they will go to absurd lengths to keep secrets from the public and even from each other. Bureaucrats don't yet grasp the profound advance our democracy made with the passage, in 1983, of the *Access to Information Act*. They continue to resent and resist the intentional shift of power, which Parliament mandated, away from officials to citizens. A bureaucrat's dream of "reform" is to get back as much lost power over information as possible.

All too often, one must go outside the federal bureaucracy to find a belief that a strong right of access to government-held records is the very lifeblood of a

healthy democracy. MPs, journalists, academics, historians, leaders of business, they are all pushing for expanded access rights, more openness, faster, and more forthcoming service. So many other cherished, democratic attributes--a free press, free elections, ministerial accountability, personal privacy--depend on this lifeblood.

All Canadians cherish their "right" to get the facts on any subject and to get the truth when governments are suspected of rewarding friends, punishing enemies, putting self-interest above public interest or simply of using secrecy in paternalistic ways. Every non-insider review of the *Access to Information Act* over the past 20 years has come to the same conclusion: narrow the scope of exemptions, broaden the coverage to include new records and institutions, make the system speedier, reduce fee barriers, strengthen the powers of oversight and make government more accountable for its obligations under the Act. The Task Force recommendations do not measure up to these expectations.

The purpose of this Special Report is to give Parliament, the government and the public the benefit of the Commissioner's response to the Task Force Report. The primary focus of this report will be an assessment of the Task Force proposals for legislative change. Attached as Appendix "A" to this report are the Commissioner's own proposals for strengthening the *Access to Information Act*. They are drawn from his 2000-2001 Annual Report to Parliament (Ch. III, pp. 43-78).

# Changing the Balance in Favour of Secrecy

The pro-government bias of the Task Force is immediately apparent in its assessment of the need for changes to the Act's exemption and exclusion provisions. The Task Force makes four recommendations to reduce the current level of secrecy and 15 recommendations to increase the level of secrecy. The four proposals for more openness are:

i. Convert the Cabinet confidence exclusion to a mandatory exemption and reduce the period of secrecy from 20 to 15 years;

ii. Reduce the period of protection for advice and recommendations from 20 to 15 years;

iii. Limit the period of protection to five years for rejected plans (or those not approved) relating to personnel management or administration; and

iv. Broaden the public interest override concerning third-party information to include the public interest in consumer protection.

The 15 proposals for more secrecy are:

i. Exclude public servants' notes;

ii. Exempt advice or recommendations prepared by contractors;

iii. Exclude notes, analyses or draft decisions prepared by members of quasi-judicial bodies;

iv. Exclude notes, analyses or draft decisions prepared by persons in judicial or quasi-judicial positions in the military justice system;

v. Exclude records seized by government in the course of a criminal investigation;

vi. Exclude records obtained by government in a civil proceeding under an implied undertaking of confidentiality;

vii. Exempt records provided in confidence by political subdivisions of foreign states and other foreign authorities with which Canada has international and/or commercial relations;

viii. Exempt information provided by private firms relating to critical infrastructure vulnerabilities;

ix. Exempt information the disclosure of which would offend human dignity;

x. Exempt draft internal audit reports and related audit working papers;

xi. Exempt information the disclosure of which could damage or interfere with cultural or natural heritage sites, sites having anthropological or heritage value or sacred sites of aboriginal peoples;

xii. The Cabinet be given the discretion to make into mandatory exemptions the confidentiality provisions in other statutes. At present, only Parliament may do so;

xiii. Should new institutions be added to the Act, and should they have special needs for secrecy not covered by the existing exemptions, such information should be excluded from the Act's coverage;

xiv. Should the House of Commons, Senate and Library of Parliament be covered by the Act (as recommended), there should be an "exception" for information that would be protected by parliamentary privilege; and

xv. Policy options presented to Cabinet would no longer be disclosable after the related decisions are made public; they would, instead, be covered by mandatory secrecy for 15 years.

The pro-secrecy imbalance in the exemption/exclusion area is staggering. Even amongst the four pro-openness proposals, there are some hidden, pro-secrecy, surprises--as we will see later in the Cabinet confidence analysis. And the other three recommendations for more openness are timid, of small consequence and fall far short of expectations. The Task Force rejects, almost out of hand, past calls (by the 1986 Parliamentary Review, the Bryden Bill, the Information Commissioner) to rely on exemptions rather than exclusions where secrecy is justifiable and to make more exemptions discretionary and subject to an injury test as well as a public interest override.

Most troubling are the sweeping recommendations for more secrecy. Of primary concern is the Task Force proposal to exclude from the right of access, notes made by public servants in the course of their duties, if the notes are "not shared with others or placed on an office file".

As has been reported in past annual reports of information commissioners, much of the record of instructions given, actions taken, concerns expressed, options considered, when meetings were held and who was present, is contained in the "private" notebooks and "private" file systems of public servants. Rarely are such notes shared with others and rarely are they included on departmental files. Yet, such notes now represent one of the primary sources of information as to the activities of public officials and, hence, their accountabilities.

If adopted, this recommendation would constitute the greatest threat to the right of access since the exclusion of Cabinet confidences. In fact, under this proposal, the secrecy for public servants' notes would be more iron clad than that given to Cabinet secrets--the period of protection would be forever. Almost as troubling is the recommendation (referred to at xii above) that Cabinet, rather than Parliament, be given the authority to override the *Access to Information Act*. This recommendation, too, goes counter to every independent assessment made of the Act in the past 20 years.

A close second, as a threat to the right of access, is the proposal to sweep into the "advice" exemption (section 21) reports prepared by contractors. This proposal ignores a basic design element in our system of government; public

servants owe duties of loyalty to the Crown which contractors do not. Once a minister decides that a matter should be dealt with by people who are not public servants, then the matter falls outside the protected confines of the public servant/minister relationship which Parliament intended to protect with the section 21 exemption. This proposal to extend the cloak of secrecy to contractors would end the accountability of government for the value of money spent on the services of contractors.

Indeed, all of the proposed new exemptions and exclusions are either unnecessary (because existing protections are adequate) or there is no evidence presented to justify the need for them.

Why, one must ask, did the Task Force choose to call for so many new exclusions rather than exemptions? Parliament intended this Act to cover all records held by government (with the exception of what was already published and Cabinet confidences) and it gave the Act preeminence over all other federal statutes. In this way, it demonstrated its desire for this Act to be a complete code regulating the public's right of access. Why does this Task Force recommend departing so dramatically from Parliament's original intent? If new reasons for secrecy can be shown, why not fashion appropriate exemptions? Why opt to exclude the records entirely from the Act's ambit?

There is only one explanation; this approach is intended to limit the powers of the Information Commissioner and the Federal Court to conduct independent reviews of decisions to invoke exclusions. We must bear in mind that it is the government's position in litigation before the courts, that the Commissioner and the courts have no jurisdiction to review government decisions to keep records secret which are excluded from the right of access. Surely, any expansion of non-reviewable secrecy is entirely out of step with the stated purpose of the Act and with the stated purpose of the Act's "reform".

# Expanding the Act's Coverage

A related aspect of the Task Force's expansion of the zone of secrecy is its tentative and conservative approach to the issue of the scope of the Act's coverage. The Task Force has recommended that the right of access be extended to certain parts of the legislative branch of government: the House of Commons, the Senate, the Library of Parliament and Parliamentary Officers (Auditor General, Commissioner of Official Languages, Privacy Commissioner, Information Commissioner). On the other hand, the Task Force specifically recommends against making the following institutions subject to the right of access: the Chief Electoral Officer, the Supreme Court of Canada, the Federal Court of Canada, the Tax Court of Canada, the Canadian Judicial Council and the Commissioner for Federal Judicial Affairs.

For the most part, with the exception of the Chief Electoral Officer, there is a reasoned and compelling basis for these specific recommendations. Since the judicial branch of government has such an important role in enforcing the right of access, it could compromise the neutrality of judges with respect to access issues, if these bodies were also subject to the Act. That being said, the Task Force appropriately encourages the federal judiciary to adopt practices which contribute to their transparency.

However, the Task Force refrains from making any other recommendations for adding (or not adding) specific organizations to the Act's coverage. Rather, it recommends that other institutions (Crown Corporations, private firms performing public functions, new mechanisms for delivering federal services) be added to the Act's coverage if:

1. The government appoints a majority of the members of the organization's governing body;

2. The government provides all the organization's financing through appropriations;

3. The government owns a controlling interest in the organization; or

4. The organization performs functions in an area of federal jurisdiction with respect to health and safety, the environment or economic security.

The Task Force recommends that a more comprehensive, case-by-case review be conducted of whether or not these principles apply to specific organizations, whether the Act should apply in whole or in part and how much time an organization needs to prepare prior to becoming subject to the right of access.

This proposal, too, falls far short of what was expected and needed. In 1986, the Justice Committee recommended that Crown Corporations all be brought under the Act's coverage. Now we find ourselves, sixteen years later, after studying the matter again for two years, with a conclusion that more study is needed!

This is not good enough. It is time to take the plunge, to get on with making all our public institutions and those private firms engaged in public functions truly accountable.

But the most disappointing aspect of this part of the Task Force's work is that, if followed, decisions as to whether or not institutions are covered by the Act will be left to the discretion of Cabinet. While the criteria to guide such decisions would be included in the Act, Cabinet could not be legally compelled to add qualified organizations to the Act's coverage. On the other hand, organizations added would be entitled to challenge whether or not Cabinet's decision respected the statutory criteria. This is a recipe for continued anomaly, discrimination and favouritism in decisions about what institutions are or are not covered by the Act. This approach is entirely out of step with other jurisdictions.

The rules governing the Act's coverage need to be clear, stated in legislation and enforceable in the courts. Without this, all the Task Force's fine words about extending the Act's coverage ring hollow.

# Relaxing Cabinet Secrecy

The Task Force recommends that Cabinet secrecy be relaxed in three ways:

i) change the exclusion into an exemption, thus, opening the possibility of independent review;

ii) define what is a Cabinet confidence in substantive terms rather than by listing specific types of records. A Cabinet confidence would be defined as information that would reveal the substance of matters before Cabinet and the substance of deliberations between or among ministers; and

iii) reduce the mandatory period of secrecy from 20 years to 15 years.

## a) Less rigorous oversight

However, the Task Force proposes that this new exemption be treated in a unique way for review purposes. The Task Force proposes that there be only a one-step process of review, directly to the Federal Court. Under this proposal, a person refused access on the basis of the new Cabinet exemption would not have a right to complain to the Information Commissioner. In this process, there would be no "investigation" by the Commissioner or the Federal Court; rather, there would be a paper process review by the court, based on such affidavit evidence as the government chooses to present. There would be no one before the court, arguing for disclosure, who had actually seen the records--only the court and the Crown would have that privilege under the Task Force proposal.

Presumably, too, this review would not be "free of charge", as is the Commissioner's investigation, nor would there be the possibility for the Information Commissioner to take the case on the complainant's behalf. The Commissioner could only be in a position to make such an offer if he had first investigated the complaint and found it to have merit.

It may be that the reviewing court would permit the Information Commissioner to intervene as an *amicus curiae* in order to ensure that opposing views could be advocated based on full cognizance of the records. If that were to happen--a reasonable likelihood given the court's desire to have the benefit of the Commissioner's voice in access cases--it begs the question: Why cut out the Commissioner's investigative role in the first place? No other jurisdiction which has an information commissioner operates this way. Is this simply a desire to insulate the Clerk of the Privy Council and ministers from the rigors of the investigative process?

As a practical matter, the elimination of the Commissioner's investigative role in Cabinet confidence cases would entail an enormous strain on judicial resources. At present, over 99 percent of complaints about the use of the Cabinet confidence exclusion are resolved without access to the courts. In fact, in the past 19 years, only one case against the government under the Act, concerning the use of the Cabinet confidence exclusion, has been launched in the courts. Yet, in that same period, the Cabinet confidence exclusion has been invoked and investigated by the

Commissioner thousands of times, with a satisfactory resolution achieved. It, quite simply, would not make practical sense to eliminate this first step of review and send those thousands of cases to the court.

All other jurisdictions, in which there is an independent information commissioner, give the commissioner the authority to investigate use, by the government, of the Cabinet confidence exemption. No other such jurisdiction considers the commissioner's role to be incompatible with the special role that Cabinet plays in a parliamentary form of government. In fact, the Supreme Court of Canada recently made it clear in *Babcock* (2002 SCC 57) that the Clerk of the Privy Council and ministers should not be insulated from the rigors of the investigative process into the use of Cabinet secrecy. The court went to some length to emphasize that it is appropriate not only for the ordinary courts to scrutinize Cabinet secrecy, but it is also appropriate, for specialized bodies, such as the Information Commissioner, to do so as well.

## b) More secrecy for policy options

This proposal for a limited right of review, of uses of Cabinet confidence exemptions, is not the only troubling aspect of the Task Force's recommendations in this area. Among the details is a recommendation that more information be swept into the proposed mandatory Cabinet confidence exemption than is contained in the current discretionary Cabinet confidence exclusion.

Under the current law, certain information presented to Cabinet for consideration in making decisions ceases to be an excludable Cabinet confidence once the Cabinet decision to which it relates has been made public or, if the decision is not made public, four years have elapsed from the date of the decision. Such information is described in paragraph 69(1)(b) of the Act as: "background explanations, analyses of problems or policy options".

The Task Force, however, proposes the following:

> "Not all material prepared for the consideration of Cabinet ministers needs the strong protection required for the deliberations of Cabinet. The *background material, factual information and analysis of issues* provided to ministers should be accessible, subject of course to other exemptions in the Act." p. 46 (emphasis added)

The implications of this new formulation becomes clearer when one reads the words used by the Task Force to formulate its recommendations 4-5, at page 46 of its report, which reads as follows:

"The Task Force recommends that:

- A prescribed format be developed for Cabinet documents that would allow for easy severance of *background explanations and analyses from information revealing Cabinet deliberations such as options* for consideration and recommendations". (emphasis added)

It seems that the Task Force has been persuaded that the public should not have a right, until after 15 years has elapsed, to see the policy options put before Cabinet for consideration in coming to a decision. There is no explanation given for the Task Force proposal to expand Cabinet secrecy in this way. Similarly, there is no rationale for the Task Force's recommendation that "background material" relating to a Cabinet decision which has not been made public, should remain secret for five years instead of the four-year period of secrecy.

## c) Making it mandatory to assert Cabinet confidence

Finally, one cannot leave the analysis of the Cabinet confidence proposals without dealing with the proposal that the new exemption be mandatory and that there be no mechanism by which the privilege may be waived. This proposal entails a significant increase in the scope of Cabinet secrecy beyond what exists. At present, the assertion of Cabinet confidences under the *Access to Information Act* and the *Canada Evidence Act* is a matter of discretion. The discretion resides with ministers and the Clerk of the Privy Council. Moreover, as the Supreme Court of Canada has made clear, in *Babcock*, the exercise of the discretion must be for proper public interest motives.

Thus, as the law now stands, ministers and the Clerk are under no obligation to assert Cabinet confidence but, if they choose to do so, they must do so for proper motives or courts will order the information to be disclosed. Finally, as the law now stands, a decision by the government to assert Cabinet confidence, even if done lawfully and properly, may (since it is discretionary) entitle courts and tribunals to draw inferences adverse to the government.

A change in the law (and you will note that the Task Force, in this area, is recommending that both the *Access to Information Act* and the *Canada Evidence Act* be amended) to make it mandatory to assert Cabinet confidence, would remove this existing, important, mechanism for protecting Canadians against abuses by government of the Cabinet confidence privilege.

The recently released decision of the Supreme Court of Canada in *Babcock* risks being overturned, in the government's favour, if this Task Force's recommendations on Cabinet confidences are adopted.

# Additional Obligations on Requesters

The most graphic measure of the pro-government bias of this Task Force is the set of measures directly aimed at those who use the *Access to Information Act.*

To fully comprehend the unnecessarily punitive effect of these recommendations, it is useful to bear in mind some of the statistics which the Task Force sets out at the beginning of its report.

1. Canadians are very restrained in their use of the *Access to Information Act.* Even after 20 years, we have not experienced the 50,000 requests per year originally expected. At present, government receives significantly less than half that number per year.

2. Canadians make focussed requests for small numbers of records. Eighty percent of all access requests result in the release of fewer than 100 pages. Only one percent of requests result in the release of more than 1,000 pages.

3. Ninety percent of requesters make fewer than seven requests per year, only thirty-five percent of requesters make more than one request per year.

4. Less than ten percent of requests result in complaints to the Information Commissioner.

5. The total cost for delivering the rights and obligations under the Act, including the investigation of complaints by the Information Commissioner, is $28,845,000, less than one dollar per year per Canadian, and the per request costs are dropping.

Against these statistical realities, the Task Force chose to listen to anecdotal evidence from access coordinators (not provided in its report) that there were a number of frivolous, vexatious and abusive users of the Act. It also heard anecdotal evidence of broadly worded requests--also not provided--which caused hardship for some, unidentified, department or departments.

Based on these unsubstantiated bits of folklore (which the Task Force admits were "very small"), and despite the clear evidence of moderation and responsibility on the part of the user community, the Task Force proposes that requesting access be made harder, more expensive, slower and more controlled by government. Here is the hammer it proposes to use to kill this fly:

i) at present an access request must be sufficiently clear to enable an experienced employee, with reasonable effort, to locate the requested record. The Task Force proposes that, in addition, the Act be amended to require that requests refer to a specific subject matter or to specific records;

ii) the Act be amended to authorize government institutions, with the agreement of the Information Commissioner, to refuse to process access requests which the government considers to be frivolous, vexatious or abusive;

iii) the Act be amended to remove the "large volume" criteria for extending response times so even a request for a small number of records may qualify for extension;

iv) the Act be amended to authorize government to group requests from the same requester or associated requesters into a single request, thereby enabling the government to maximize fees and opportunities for time extensions;

v) the regulations be amended to double the application fee from five to ten dollars and to increase search and preparation fees to reflect inflation since 1983;

vi) the Act be amended to allow the government to categorize users into three groups - general, commercial, large volume. A different fee structure would apply to each as follows:

1. *general requester:*

   - application fee - $10 (includes: five hours of search and preparation and up to 100 pages of photocopying);
   - additional search and preparation time - an increased rate to be set by regulation (currently $10 per hour);
   - additional reproduction fees - an increased rate to be set by regulation (currently 20¢ per page).

2. *commercial requester:*

   - application fee - $10;
   - all search and preparation time - an increased rate to be set by regulation (currently $10 per hour);
   - all review time - an increased rate to be established by statutory amendment (no fees provided for this function, at present);
   - all reproduction fees - an increased rate to be set by regulation (currently 20¢ per page).

3. *large volume requester* (where total costs exceed $10,000):

   - application fee - $10;
   - all costs directly attributed to the processing of the request.

Access requesters, as a group, will be forgiven for feeling unfairly treated; for feeling that unsubstantiated and undocumented folklore within government has resulted in recommendations which would penalize a user community which, the statistics show, has been restrained and responsible.

There is justification for including some safeguard in the Act against potential abuse. Even though users have, for 20 years, been responsible, it makes sense to have a failsafe provision on the books. To that end, the proposal to authorize

institutions, with the consent of the Commissioner, to refuse to process an "abusive" request or series of requests, could be justified, provided the term "abusive" is carefully defined and its use limited to the rarest of cases. There is no need, however, to go further by piling on fee increases, limiting the scope of requests, charging commercial users for time spent reviewing records for exemptions, and putting the right to request access to a large volume of records beyond practical reach.

In this latter regard, it should be recalled that some subject areas, often those with high profile and public interest (the 1.2 million-page example given by the Task Force relates to the softwood lumber dispute with the U.S.), involve large numbers of records. Why should the public be effectively prohibited from learning about matters on which the government holds large volumes of records? Bear in mind that the requester seeking 1.2 million records from Foreign Affairs and International Trade is not getting the records, even under the current regime, for free. At 20¢ per page, the reproduction costs alone are $240,000 and search and preparation fees at the rate of $10 per hour per employee hour of search may be levied. This is not an "abusive" request; there is no public policy reason to deter making such requests. In fact, at this writing, the Government of Canada has gone to court to prevent a NAFTA panel from blocking disclosure of these records.

The bottom line is this: the current fee structure already ensures that requesters have serious, not frivolous, motives for making requests. Moreover, even the Task Force agrees that an access regime should not be based on a cost-recovery model. In this regard, the Task Force states: "Fees were not intended as a cost-recovery mechanism and should never be an obstacle to legitimate requests." (p. 4)

Requesters will look in vain through this Task Force report to find the "quid for the quo". Where are the recommendations designed to encourage responsible behaviour under the Act by public officials? This Task Force makes not one recommendation for an incentive or penalty directed towards the chronic problem of failure to meet response deadlines which has plagued the administration of this law since its passage. There is not one incentive or penalty proposed to deter public officials from inflating fee estimates, claiming unnecessary time extensions, disregarding deadlines, or applying exemptions indiscriminately. The harshest new obligation this Task Force would impose on public servants is a legal duty, if asked, to assist requesters! That such a proposal would be seriously advocated defies belief. It shows how far we have strayed, in public life, from the time when the duty to assist (asked for or not) was assumed to be the essence of the role of public "servants".

Of course, there are some "user-friendly" recommendations in the report. They are as follows:

1. The right of access be expanded to any person anywhere in the world;
2. Requesters be given the right to request access in format of choice (provided the format exists);
3. Coordinators be "encouraged" to release information as it is processed, without waiting for the deadline or for all requested records to be processed;
4. As a matter of policy, requesters be given a written notice, if responses will be late, containing reasons, expected date of response and notice of right to complain to the Information Commissioner (copy to the Information Commissioner);
5. Fee waiver criteria be set out in policy;
6. Requesters be given the option to choose, at their own expense, expedited delivery methods for requested methods;
7. The Act require institutions, if asked, to make reasonable efforts to assist requesters;
8. The Act require institutions to notify requesters before refusing to process a request, aggregating a request or subjecting a request to full cost recovery. The purpose of the notice is to assist the requester in reformulating the request to avoid the negative outcome;
9. Requesters be given the right to seek Federal Court review of fee-related issues;
10. Requesters continue to have the right to complain to the Information Commissioner at no charge;
11. Treasury Board Secretariat be asked to make INFO SOURCE more user friendly;
12. Institutions be asked to post summaries of released records on websites and deposit hard copies of full documents in reading rooms;
13. Treasury Board be asked to encourage institutions to support electronic processing of access requests;
14. All institutions be asked to disseminate, informally and proactively, information of interest to the public.

Even these "user-friendly" recommendations are tentative, incomplete and grudging. The proposed expansion of the right of access to anyone in the world would have virtually no consequence because non-citizens residing outside Canada now may make requests through in-Canada agents. The proposed right to request access in a format of choice should not be limited, as proposed, to situations where the requested format exists. As is now the case for requests

for translation and for creation of a record from an electronic data base, alternate format requests should be met if "reasonable".

Why, requesters will ask, should coordinators only be "encouraged" to give speedy service? The partial releases proposed by the Task Force should be mandatory, especially when requests are late. How can the Task Force justify its recommendation that notification of late responses be a matter of "policy" rather than law? How can the Task Force justify its recommendation that fee waiver criteria be a matter of "policy" rather than law? It is unconscionable that the obligations falling on users would be made requirements of law while those falling on public officials would be made suggestions of policy!

Most troubling is the limited nature of the Task Force's recommendation that requesters be given the right to seek Federal Court review of fee-related issues. Of course requesters should have that right. But, just as surely, they should have the right to enforce, first through the Information Commissioner and then through the courts, any decision under the Act which results in a denial of access, such as unreasonable extension of time or a failure to provide records in the official language or format of choice.

# Changing the Commissioner's Role and Powers

The Task Force proposals concerning the Office of the Information Commissioner also bespeak the insider perspective of the review.

Only four recommendations for legislative change are offered in order to assist the Commissioner in enforcing overall compliance with the *Access to Information Act*. They propose to do no more than enshrine in law activities which are already being undertaken by the Commissioner, subject only to the budget constraints which the government imposes upon him. The four recommendations are:

1. the Commissioner's public education role be recognized in the Act;

2. the Commissioner's advisory role, with respect to the implications for the right of access of proposed government initiatives, and with respect to "best practices" across government, be recognized in the Act;

3. the Commissioner's role in conducting issue-based, system-wide investigations (reviews or audits) be recognized in the Act; and

4. the Commissioner's role in seeking the informal resolution of complaints ("mediation role") prior to conducting formal, evidentiary proceedings, be recognized in the Act.

The last recommendation of the four bears within it some potentially concerning implications. If the recommendation is meant simply to reflect the fact that, by definition, an ombuds-style organization is in the business of mediation, it is uncontentious. If, on the other hand, the recommendation is meant to suggest that the Commissioner should abandon his investigative role (to ensure that rights of requesters are honoured) in favour of a "deal-making" role, where the goal is to see how much or how little each side is willing to give or get, then it is very contentious. The knowledge imbalance between institutions and requesters is far too great (the requesters being totally in the dark as to what is being kept secret) for "mediation" in any traditional sense to be meaningful.

As so-called "mediation" is practiced by access to information commissioners in other jurisdictions, it is a communication-facilitation function. Care is taken, at the front-end of complaint investigations, to ensure that the requester's information needs have been carefully formulated and that they have been well-understood by the appropriate department. Alternative ways of meeting those information needs are explored. In that process, some complaints are withdrawn, settled or modified, some are not. That is also the way "mediation" is practiced at the federal level.

However, in all jurisdictions, complainants are entitled to rely on the Information Commissioner to investigate and independently assess whether or not the degree of secrecy adopted by a department is in accordance with law.

At the federal level, resolutions are not accepted by the Commissioner if they entail illegal excesses of secrecy by government departments.

If, by "mediation", the Task Force suggests that the Commissioner be guided not by what the law requires of government but, rather, by what the requester is willing to accept, that notion is profoundly troubling. Such a suggestion fails to take account of the reality that government departments are in a strong position to "bully" requesters--who may be federal employees, potential grant recipients, persons seeking government contracts, representatives of regulated firms or otherwise vulnerable to government pressure in a myriad of ways.

Opposing these four recommendations which are (although superfluous) supportive of the Commissioner's role are eight recommendations which would profoundly change the Commissioner's role and powers. They are as follows:

1. the Commissioner be required to complete investigations within 90 days, subject to a discretion to extend for a reasonable period, upon notice to the complainant, the government institution and any third parties;

2. the Commissioner be given the discretion to conduct investigations in public;

3. witnesses be given a statutory right to counsel;

4. the Commissioner be prohibited from compelling anyone to produce a communication from or to a legal adviser about the client's rights and obligations under the Act or in contemplation of proceedings under the Act;

5. the Commissioner be prohibited from enforcing his orders by trying a person who has been cited for in *facie* contempt;

6. evidence given by a witness to the Commissioner should no longer be admissible against the witness in a prosecution of the offence set out in section 67.1 of the Act (destruction of records);

7. the Commissioner (and his staff) should no longer be competent or compellable witnesses in a prosecution of the offence set out in section 67.1 of the Act (destruction of records); and

8. section 32 of the Act be amended to require the Commissioner to give notice of intention to investigate a matter not only to the head of the complained-against institution but, also, to any other person the Commissioner considers appropriate.

While it is unclear whether or not the Task Force calls for a statutory amendment in this regard, it does recommend: i) that subpoenas be limited to investigations of specific complaints and not be available for investigations into systemic issues, and ii) that subpoenas only be issued to officials having "actual knowledge of the file".

As a package, these recommendations are designed to make the Commissioner's investigative role conform to the lawyer-dominated, adversarial model of dispute resolution which is designed for the ordinary

courts and for quasi-judicial tribunals which have the power to make binding decisions. Even the proposal for public hearings would have this "judicializing" effect. This model is not appropriate for an investigative agency, inquiring into allegedly secret information, which has only the power to make recommendations for disclosure.

By compressing the time to investigate to 90 days (coupled with resource control), investigations will become more formal. The production of documents, testimony/evidence and representations will, to a greater extent, be governed by rules, orders and lawyers.

This is a package of reforms likely to have been cheered along by those few senior officials of government who refused to voluntarily cooperate with the Commissioner's investigations by refusing to appear or to answer questions. These few officials felt the sting of the Commissioner's investigative powers to compel appearances and to enforce orders to answer questions. These are the people who want to have lawyers run interference for them when the Commissioner comes calling, who want the wall of solicitor-client privilege to be impermeable, who want the Commissioner's subpoena powers to be circumscribed, who want to remove the Commissioner's powers to proceed against persons who have been cited for contempt of the Commissioner's orders.

In this area, the Task Force relied on the foxes to advise on security arrangements for the hen house! The clearest example is the recommendation that the Commissioner's power to enforce his orders be removed. Nowhere in the Task Force's published background papers or accounts of consultations does this recommendation appear. It turns out that it comes from a secret submission made by a former deputy minister who had been cited for contempt by the Commissioner. (The details of the case are set out in the Information Commissioner's 2001-2002 Annual Report at pages 22 to 24.)

This man's disdain for his own accountability obligations, and the Commissioner's independent investigative role, disqualifies him entirely as a persuasive source for *Access to Information Act* reform ideas. Yet, the Task Force chose to listen to him, to agree to keep his submission out of public sight and to adopt his recommendation for curbing the Commissioner's power. The Task Force made no mention of, nor paid any attention to, the detailed reasons of the Federal Court demonstrating why the Commissioner's power to punish contempt is appropriate and constitutional.

The strong investigative powers now given to the Information Commissioner are essential for thorough, independent investigations which hold government to account for the proper administration of the *Access to Information Act*. At all times, in the exercise of these powers, the Commissioner is subject to the oversight of the Federal Court.

# Non-Legislative Changes: Fixing the Foundation

The Task Force came to the conclusion that an effective right of access requires a non-statutory foundation comprised of three elements:

a) good management of the government's information holdings. According to the Task Force: "There is an urgent need for leadership and government-wide action in this area." (p. 5)

b) a comprehensive base of information about the performance of institutions in meeting their access to information obligations. According to the Task Force: "...the information being collected by most government institutions does not tell the whole story or even a useful story. Nor is it very helpful in identifying what is being done well and what needs to be done to improve implementation of the Act." (p. 153); and

c) a vibrant culture of support for access to information in the public service and at the political level. According to the Task Force: "Compared with long-standing public service values such as the pursuit of the public interest, neutrality, loyalty to the government and respect for ministerial responsibility, access is a relatively new value. It has yet to be fully integrated with the older values." (p. 158)

It is interesting to note that the Task Force took the view, in these areas, that legislative initiatives are unnecessary. On these matters, the Task Force prefers to leave it to public officials to get their own house in order, in their own way, in their own time. The Task Force philosophy is captured in these words:

> "There is no piece of legislation which is as directly tied to the work of each and every one of the approximately 200,000 federal employees as is the *Access to Information Act*. Public servants create, collect, assess, approve, organize, store, file, search, retrieve, review and release government information. There can be no significant and lasting improvement of access to information without their understanding, cooperation and support. Prescriptive legislation and coercive measures are useful for defining rights and deterring non-compliance. They are less effective, however, in encouraging public servants to act, day in and day out, in ways that further the objectives of the Act." (p. 157)

As a result of this philosophy, that attitudinal change on the part of public officials is not served by imposing legal obligations upon them, the Task Force's good suggestions in these three areas would have no binding force. The Task Force does not face up to the reality that, after 20 years of leaving it up to public servants to get their records, attitudes and statistics in order, they haven't done so. Since even government insiders agree that these fundamentals for an effective right of access are in serious disrepair, it is vital for Parliament to nudge along the process of cultural reform by imposing some, limited, statutory obligations.

## a) Information management

> "Everyone is in agreement, however, that there is a crisis in information management in the federal government, as well as in every jurisdiction we have studied". (Task Force Report, p. 141)

The Task Force's blueprint for addressing this crisis is to encourage the government to develop a coherent, government-wide strategy of policies, standards, practices, systems and people to support information management. Part of this strategy would be to direct and coordinate the three government institutions having government-wide information management responsibilities: Treasury Board Secretariat, National Archives and National Library. The Task Force describes well what needs to be done but it is silent on where the responsibility and accountability should lie for developing this framework.

It is folly to rule out the assistance of law in moving forward this vital program of information management renewal. When Parliament passed the *Access to Information Act*, it specifically obligated the "designated Minister", who is the President of Treasury Board, to:

> "cause to be kept under review the manner in which records under the control of government institutions are maintained and managed to ensure compliance with the provisions of this Act and the regulations relating to access to records." (paragraph 70(1)(a) *Access to Information Act*)

This legal requirement to monitor records management should be strengthened by requiring the President of Treasury Board to prescribe the government-wide information management framework of directives, policies, standards, practices and systems and to provide the resources to institutions reasonably necessary for implementing the framework.

Of course, there should be constructive collaboration among the National Archives, National Library and Treasury Board Secretariat in developing the information management framework and in monitoring its implementation. In fact, collaboration should also include the Information Commissioner, Privacy Commissioner and Auditor General--officers of Parliament whose mandates presuppose effective information management in government. Yet, in the end, there should be one focus of responsibility and one minister to be held accountable in Parliament, and that is the President of Treasury Board.

The appropriate vehicle by which the President of Treasury Board should account for the discharge of his or her responsibilities under the *Access to Information Act* is by means of an annual report to Parliament. At present, the Act requires individual departments and the Information Commissioner to report annually to Parliament on their performance under the Act. The same requirement should be imposed on the designated minister. Of course, such a report would cover more than information management matters (more on the other matters, later).

A final word about the information management crisis concerns what the Task Force calls the "duty" of public servants:

> "to create and manage records of policy decisions and operational activities, to classify records for security and filing purposes, and to dispose of records properly at the end of their operational usefulness, including the transfer of historically important records to the National Archives". (p. 146)

This "duty" is not being respected. One of the most troubling contributors to the crisis is the rapidly spreading practice (often, led from the top) of avoiding making records in order to insulate officials from public accountability. Another, is the rapidly spreading practice (which the Task Force wants to institutionalize) of keeping personal notes regarding government affairs which are not included in the institution's system of records.

On this score, too, the Task Force was short-sighted to reject, out of hand, the need for imposing legal requirements. There must be, if progress is to be made in this area, a legal obligation imposed upon all public officials to:

1) document their business activities (decisions, actions, transactions, considerations), and

2) ensure that those records are properly included in an institutional system of records.

## b) Performance statistics

The Task Force makes it clear that there is a need to capture and publish better data on how the access to information system is working. According to the Task Force:

> "This improved data and reporting would have several benefits. It would generate the data needed to support institutional and system-wide improvements. It would give both Treasury Board Secretariat and Parliamentarians the kind of information they need to play an active role in monitoring ATI activities. It would help encourage pride in departments that are performing well. It would give Canadians a realistic and dynamic picture of how the ATI system is working. And finally, it would support future research in this area." (p. 154)

Having concluded that better data and reporting is a key ingredient to a healthy right of access, the Task Force recommends that "several common performance measurement indicators" be developed by Treasury Board, in consultation with the Information Commissioner. As well, it recommends that individual departments develop their own performance measurement indicators to assist good management of the function.

With respect to reporting, the Task Force recommends that the individual, institutional annual reports to Parliament be expanded to include:

- "information on strategies to provide information outside the Act;
- initiatives undertaken to improve the access to information system;
- issues arising during the year that significantly affect the institution's Access to Information program; and
- planned improvements to respond to identified problems or trends." (p. 155)

The Task Force also recommends that the Treasury Board's annual aggregate report "provide a much broader view of how the system is working across government, and include analysis of trends on key issues." (p. 155)

Those good recommendations fall short of what is needed. The government has known, since the Act came into force, that its data capture and reporting on the performance of the access program has been inadequate. In report after report, successive information commissioners have urged the President of Treasury Board to address this shortcoming. Yet, despite having the legal authority to prescribe what information is to be included in institutional annual reports, the President of Treasury Board has ignored all such suggestions.

Why should we have confidence that the designated minister will now do what is necessary? That is not to say that the designated minister won't do what the Task Force recommends. The recommended new matters to be covered in departmental annual reports do not even include the performance measurement data. What the Task Force recommended is a "give the good news" approach to performance reporting. What is needed is a "give the whole story" approach.

Thus, in this area too, there is pressing need for statutory direction. First, as stated earlier, the duties of the designated minister (now set out in section 70 of the Act) should be expanded to include the obligation to report annually to Parliament. Second, these annual reports should offer a statistical picture of the overall performance by government in meeting its obligations under the *Access to Information Act*.

Attached, at Appendix B, is the Information Commissioner's proposal for the data which should be captured and reported by individual institutions in their annual reports and which should be aggregated and reported in the Treasury Board Secretariat's annual report.

## c) Creating a culture of openness

Public servants, with rare exception, will conduct themselves in the manner expected of them by the law, their political masters and the leadership of the public service. To change culture, the prevailing expectations must change. Culture change in government rarely comes from the bottom up.

The Task Force gets it absolutely right when it suggests that a new message should be transmitted to the public service, from the top, about the value of the right of access in a healthy democracy. The Task Force is also right to suggest that care be taken to ensure that the message gets through, that there be on-going training for public officials about the access program and its importance.

One of the most important recommendations offered by the Task Force is that the government launch a broad, "Open Canada" campaign in the Canadian public service "to enhance awareness of access to information, appreciation of its principles and pride in providing information to Canadians" (p. 164). As the public service of Canada enters into a period of unprecedented hiring, a whole new infusion of managers and employees, there is no better time to instill a change from the old culture of secrecy to the new culture of openness.

Despite the many criticisms, in these pages, of the proposals for legislative reform put forward by the Task Force, this Commissioner supports vigorously the Task Force's proposals for promoting a culture of openness in the public service. The Task Force says it best, in these words:

> "Instilling pride in federal public servants for openness, and making it a strong part of their identity, might well be the single most important improvement to the performance of the access to information régime." (p. 164)

In this area, too, the force of law would be helpful. Parliament should require the designated minister to carry out a program of education for the public and for public officials, concerning the rights and obligations set out in the *Access to Information Act*. As well, the President of Treasury Board should be specifically mandated to provide specialized access to information training to access professionals, managers, deputy ministers, exempt staff and ministers.

Most especially, if a culture of openness is to become embedded in the work practices of public officials, it should, as a function, be better insulated from the political level. In this regard, the role of Access to Information Coordinators needs to be defined in legislation and made more professional. Specific recommendations in this regard may be found in Appendix "A" (at pages 53-56.)

# Next Steps

Having received the Task Force Report, it is up to the President of Treasury Board to decide whether or not to proceed with the administrative changes which the Task Force recommends. With the exception of the recommendation that fees be raised, the administrative recommendations are positive and should be proceeded with.

The Minister of Justice must decide how best to deal with the proposals for legislative change. These are highly controversial and do not reflect a broad range of perspectives drawn from the relevant stakeholders. In this context, the Commissioner urges the minister not to draft new legislation based on these Task Force recommendations. The right of access is one of those rights which, by design, is uncomfortable for governments to live with. This is the type of legislation which justifies giving Parliamentarians and the public more freedom to influence the shape of amendments than is possible once a government bill has been tabled. It is to be hoped that the Minister of Justice and the government will support a public review of the Task Force proposals, by a Parliamentary Committee, prior to introducing proposed amendments in the form of a Bill.

# Appendix A

## BLUEPRINT FOR REFORM

This is a good law, a very good law. It is, nevertheless, long past time to mend its five major weaknesses and to make the numerous "fine tuning" changes necessary to keep this Act current with new forms of governance and technology. Admittedly, it is a "mugs game" to categorize some changes as more important than others. In the end, it will be the package of reforms as a whole which must bear scrutiny. Part A of this chapter sets out in detail the five changes to the Act which the Information Commissioner considers essential to addressing its major weaknesses. They are:

1. transforming the Cabinet confidence exclusion (now section 69) into a more focussed exemption subject to independent review;

2. closing the gaps in the Act's coverage by i) establishing a description of the types of institutions which should be covered by the Act and requiring that all such institutions be included in the schedule of institutions to which the Act applies; and (ii) clarifying the status of records held in the offices of heads of institutions;

3. ending "secrecy creep" by abolishing section 24. That section makes it mandatory to refuse disclosure of any record which any other statute, listed in Schedule II of the Act, requires to be kept confidential;

4. adding incentives and penalties for failure to respect response deadlines; and

5. providing a legislatively defined mandate for Access to Information Coordinators.

Part B of this chapter (pages 56 to 70) contains the Commissioner's recommendations for the less pressing, yet needed, changes to modernize the Act.

## PART A – MAJOR REFORMS

### i) Reform of Cabinet Confidences

Records described by section 69 of the Act as being confidences of the Queen's Privy Council--hereafter referred to as Cabinet confidences--are excluded from the coverage of the *Access to Information Act* for a period of 20 years from the date of their creation. Section 69 contains a list of seven types of records which constitute Cabinet confidences; it does not, however, contain a definition of what interests are intended to be protected by this exclusion.

Any record which the government considers to be a Cabinet confidence is withheld from an access requester in the same manner as if the record had been withheld under one of the Act's "exemption" provisions (sections 13-26).

Requesters are told, at the time of denial of access, of their right to complain to the Information Commissioner about the denial.

The distinction between an "excluded" record and an "exempted" record becomes significant during the process of investigating and reviewing the government's decision to deny access. When the record has been withheld under section 69, because it is "excluded" from the right of access, neither the Information Commissioner nor the Federal Court of Canada may examine the withheld record to determine whether or not it is, in fact, a Cabinet confidence.

This restriction on the Commissioner's and court's power to examine excluded records is accomplished by two provisions of the Act--sections 36(2) and 46--which state that the power to independently examine records is limited to records "to which this Act applies".

There is, thus, no meaningful, independent review of government decisions to refuse disclosure of any records it considers to be Cabinet confidences. Often called the Act's "Mack Truck" clause, this special treatment for Cabinet confidences is entirely at odds with the purpose clause of the Act, set out in section 2. In particular, it infringes the principle that "exceptions to the right of access should be limited and specific" and it infringes the principle that "decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government".

A recently decided case (discussed in detail in Chapter VI at pages 107 to 109) [2000-01 Annual Report] illustrates in graphic terms how open to abuse is the section 69 exclusion. In that case, the government endeavoured to remove from public access the content of discussion papers wherein background explanations, analysis of problems and policy options are presented to Cabinet. Section 69 requires that this class of Cabinet confidences shall become subject to the right of access (i.e. no longer excluded) once the Cabinet decision to which discussion papers relate has been made public, or, if not made public, when four years have passed since the decision.

The Information Commissioner presented evidence to the court showing that the government--almost immediately after the *Access to Information Act* was passed--stopped presenting discussion papers to Cabinet. Instead, it put the background, analysis and options material in the "analysis section" of the Memorandum to Cabinet. The government argued that, since this analysis section is not called a "discussion paper", its decision to exclude the material it contains, as a Cabinet confidence, cannot be questioned by the Commissioner or the Federal Court. To emphasize the point, the Clerk of the Privy Council, certified, pursuant to section 39 of the *Canada Evidence Act*, that the withheld records are Cabinet confidences and asserted that the certificate effectively ended the matter.

Justice Blanchard of the Federal Court, Trial Division, chafed at the government's view that it has an entirely free hand to roll any material it wishes behind the Cabinet confidence veil of secrecy. He concludes:

> "I support the findings of the Information Commissioner. Parliament intended that a certain type of information be released, and in my view, regardless of the title given to the information. If a document contains information the purpose of which is to provide background explanations, analysis of problems and policy options, Parliament meant for this information to be disclosed. This is the only interpretation of paragraphs 69(1)(b) and 69(3)(b) of the *Access to Information Act*, and paragraphs 39(2)(b) and 39(4)(b) of the *Canada Evidence Act*, which gives those sections any meaning. Understanding the meaning of "discussion paper", as a paper produced by a department as part of a planned communication strategy, is not provided for in the *Access to Information Act*. Transforming the "discussion paper" into the "analysis" section of the current Memorandum to Cabinet effectively limits access to background explanations, analysis of problems or policy options provided for in the *Access to Information Act*. Such a change to the Cabinet Paper System could be viewed as an attempt to circumvent the will of Parliament." (*Information Commissioner* v. *Minister of Environment*, Federal Court, Trial Division, 2001 FCT 277 at p. 26)

Over the 18 years since the *Access to Information Act* came into force, numerous instances have arisen where the government has certified information to be a Cabinet confidence when the information clearly does not so qualify. Occasionally, the Information Commissioner sees the information which has been so certified because the certification comes as a last resort after all efforts to justify an exemption have failed. In one current case, the Clerk of the Privy Council has certified as a Cabinet confidence all references in other records to the fact that a minister, acting in the capacity of member of Parliament, wrote to another minister on a matter of public concern.

The Commissioner expressed the view that the withheld information could not properly be considered "records used for or reflecting communications or discussions between ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy". Before invoking this provision to exclude information, the Commissioner argued, the content of the discussions or communications must be at risk. The Clerk refused to reconsider, claiming that his decision to label information as a "Cabinet confidence" is not subject to independent review.

And, too, there have been cases--by far the rarer--where the Clerk has been prepared to remove a certification after receiving representations from the Commissioner. The point of all this being, that, in the absence of independent review, the Cabinet confidence exclusion is likely to be applied to a broader range of records than intended by Parliament. As Mr. Justice Evans said in *Canadian Council of Christian Charities* v. *Minister of Finance* (1999) YFC 245 at 255: "Heads of government institutions are apt to equate the public interest with the reasons for not disclosing information, and thus to interpret and apply the Act in a manner that gives maximum protection from disclosure for information in their possession."

In its report of the results of its review of the first three years of operation of the *Access to Information Act*, the Standing Committee on Justice and Solicitor General said:

"The Committee is strongly of the view that the absolute exclusion of Cabinet confidences from the ambit of the *Access to Information Act* and the *Privacy Act* cannot be justified. The Committee heard more testimony on the need to reform this provision than on any other issue. The exclusion of Cabinet records has undermined the credibility of the *Access to Information Act* and the *Privacy Act*. The then Minister of Justice, the Honourable John Crosbie, testified before the Committee as follows:

> "I think that in the past too much information was said to be covered by the principle of Cabinet confidence.—A lot of the information previously classified as a Cabinet confidence can and should be made available."

The Committee agrees."

(*Open and Shut: Enhancing the Right to Know and the Right to Privacy* March 1987, p. 31)

The litmus test of whether or not the government is serious about reforming the *Access to Information Act* will be its willingness to rectify what every independent analyst considers to be the law's greatest weakness--the exclusion of Cabinet confidences. By no means does reform mean abandonment of a degree of secrecy necessary to preserve the important convention of collective ministerial responsibility and the need to foster frank exchanges among ministers.

All independent analysts agree that records should not be disclosed if their content would reveal the substance of Cabinet deliberations. What is required is a happy medium. The Justice Committee Report of 1987 put it this way:

> "The Committee recognizes that there must be an exemption protecting certain Cabinet records; to a substantial degree, our Parliamentary system of government is predicated upon the free and frank discussion of matters of state behind closed doors. Nevertheless, the Committee believes that a suitably worded exemption--**not an exclusion**--would provide ample protection for Cabinet secrecy. In recognition of the special role that the Cabinet plays in our parliamentary system, no injury test should apply to information of this category." (*Open and Shut*, p. 31)

**The Information Commissioner, too, advocates the transformation of the Cabinet confidence exclusion into an exemption and supports narrowing the scope of Cabinet secrecy by confining it to information which would reveal the deliberations of Cabinet.** The detailed proposals in this regard are as follows:

## (a) Exemption or exclusion

The current federal approach to exclude Cabinet confidences from access legislation is out of step with the purpose of the Act and with the approach taken in provincial jurisdictions.

Consequently the current exclusion for Cabinet confidences in section 69 of the *Access to Information Act* should be replaced by an exemption for Cabinet confidences, thus making these records subject to the access and independent review provisions of this Act.

### (b) Mandatory or discretionary exemption

Most freedom of information laws view the vital nature of Cabinet confidentiality in a parliamentary form of government as meriting a strong mandatory exemption. The Standing Committee in its report, *Open and Shut*, suggested that the exemption for Cabinet confidences be discretionary. It is understandable that governments will be hesitant to weaken, to any significant degree, the protections for Cabinet confidences. If there is any likelihood of some change, the move to a mandatory exemption has more chance of acceptance. That would appear to be the lesson from provincial jurisdictions.

### (c) Injury test

The inclusion of an injury test would not, understandably, be acceptable to government. Having to convince an impartial officer (such as the Information Commissioner or the court) that disclosure would cause injury would put the government in an unprecedented situation of explaining political aspects of Cabinet deliberations to judicial officers. The chances of reform are remote if the recommendation is to include an injury test.

### (d) Nature of class test

If the exemption is not based on an injury test, then it must be based on a class test. The crucial question: what should be the nature of that class test? The current exclusion is based on the concept of protection of confidences of the Queen's Privy Council for Canada, which are then partially defined in the Act and policy as being comprised of various types of records and information within records. The policy goes further to define some records or parts of records (e.g., public summaries of Cabinet decisions and records not prepared solely for use by Cabinet but attached to Cabinet records) as not being confidences. There is no description of the essential interest which the exclusion is intended to serve and, hence, the exclusion is open-ended.

With the exception of the federal legislation in Australia, this approach has not been followed in other jurisdictions. The preferred approach is to focus more clearly on the purpose of the exemption, the protection of the substance of deliberations of Cabinet, as the basis of the test. The phrase "would reveal the substance of deliberations of the Cabinet" is sometimes accompanied by a non-inclusive list of generic types of records or information which would qualify for the exemption. This latter approach has some considerable merit:

- it focuses the exemption and narrows it to the specific interest which requires protection. It eliminates the need for lengthy definitions of types of records which may qualify for the exemption and illustrations of exceptions to general rules. In other words, it is simpler, yet protects the vast majority of records, currently defined in the PCO policy on *Release of confidences of the*

*Queen's Privy Council for Canada*, after its various exceptions are taken into account;

- it is more generic in character. As a result, would not suffer damage if PCO decides to alter the Cabinet papers process and the nature and types of records which are created;

- it does eliminate the need for government institutions to review and to sever from documents all simple references to Cabinet processes (e.g., RD numbers and TB numbers as is now the case). Such disparate references would only have to be removed when their disclosure would actually reveal the substance of Cabinet deliberations.

Consequently, the test for a Cabinet confidences exemption should be that the disclosure of a record would reveal the substance of deliberations of Cabinet.

### (e) Definition of Cabinet

All current and proposed exemptions and exclusions for Cabinet confidences extend to the Cabinet and all its committees, formal and "ad hoc." Thus, there is no need to alter the scope of the parts of Cabinet which may have records prepared for them, submitted to them or have records created on their behalf which would qualify as Cabinet confidences and merit protection.

There is, thus, no need to change the current definition of the term "Council" in the *Access to Information Act*, which includes the Queen's Privy Council for Canada, committees of the Queen's Privy Council for Canada, Cabinet and committees of Cabinet.

### (f) Coverage of exemption

The current federal exclusion is more restrictive than any exemption found in provincial laws. The major differences in practice centre on access to background explanations and analyses after a decision has been made and on the time limit during which Cabinet confidences qualify for absolute protection.

The focus of any newly drafted exemption should be on records which are generated, or received by Cabinet members and officials while taking part in the collective process of making government decisions or formulating government policy. Generally, this includes:

- agendas, formal and informal minutes of Cabinet and Cabinet committees and records of decision;

- Cabinet memoranda or submissions (including drafts) and supporting materials;

- draft legislation and regulations;

- communications among ministers relating to matters before Cabinet or which are to be brought before Cabinet (including draft documents);

- memoranda by Cabinet officials for the purpose of providing advice to Cabinet (including draft documents);

- briefing materials prepared for ministers to allow them to take part in Cabinet discussions (including draft documents); and

- any records which contain information about the contents of the above categories, the disclosure of which would reveal the substances of the deliberations of Cabinet or one of its committees.

Examples should be included of types of records which "would reveal the substance of deliberations of Cabinet or one of its committees". The list, of course, should not be exhaustive so that the provision will be flexible in the face of future changes in the Cabinet papers system.

Thus, the exemption provision for Cabinet confidences should provide a non-inclusive, illustrative list of generic types of records which would qualify for protection.

The list of examples should be structured as follows:

(i) an agenda, minute or other record of the deliberations or decisions of Council or its committees;

(ii) a record containing recommendations submitted, or prepared for submission, to Council or its committees;

(iii) a record containing background explanations, analysis of problems or policy options for consideration by Council in making decisions;

(iv) a record used for or reflecting communications or discussions among Ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy;

(v) a record prepared for the purpose of briefing a minister of the Crown in relation to matters that are before, or are proposed to be brought, before Council or that are the subject of communications or discussions referred to in (iv) above;

(vi) draft legislation regulations; and

(vii) records that contain information about the contents of any record within the class of record referred to in paragraphs (i) to (vi) if the information will reveal the substance of the deliberations of Council.

### (g) Splitting the protection of Cabinet confidences

The Australian FOI Act distinguishes between Cabinet and Executive Council documents and

- draft Cabinet submissions; and

- briefing material to a minister concerning a Cabinet submission.

These documents are treated under the exemption for internal working documents (clause 36) which determines whether a record can be considered, in whole or in part, to consist of advice and recommendations and whether access

is contrary to a public interest. This means that a government institution has discretion to decide whether such information should be released.

The Standing Committee thought there was duplication in the protection of memoranda which present recommendations to Cabinet and for briefing materials used to prepare ministers for Cabinet meetings. It found that the discretionary exemption for advice and recommendation in section 21 of the *Access to Information Act* provides adequate protection for the deliberative portions of these types of records.

While, at first glance, this may seem to be the case, it is also necessary to keep in mind the special nature of the protection necessary for the collective decision-making process of government. Other legislatures in Canada, when considering the nature of this protection, have seen fit to split the treatment of Cabinet confidences into two domains, one mandatory and the other discretionary. This does not mean that the advice and recommendations exemption will not come into play when a record does not or ceases to qualify as a Cabinet confidence. The splitting of the treatment of Cabinet confidences would appear, however, to complicate decision-making around an already difficult exemption. Any use of discretion should be applied in the exception criteria for a Cabinet confidences exemption.

### (h) Exceptions to Cabinet confidences exemption

There are a number of exceptions to the Cabinet confidences exemption recognized in the access laws of other jurisdictions and in various proposals for legislative amendment. These are considered below and recommendations made about each.

### (i) Time limits

Because of the class nature of all protection for Cabinet confidences, all other access statutes, except the Australian FOI Act, include a limit governing the period of time during which all or part of a record can be considered a Cabinet confidence. The original standard was 20 years (federal and Ontario). The federal Standing Committee recommended that the limit be reduced to 15 years, the length of time of a minimum of three Parliaments. This standard has now been adopted in British Columbia and Alberta.

The time limit for all or part of a record to be considered a Cabinet confidence should be reduced from 20 to 15 years.

### (j) Background explanations, analysis of problems and policy options

In paragraph 69(3)(b) of the Act, Parliament directs that background explanations, analysis of problems and policy options presented to Cabinet should be subject to the right of access after the decisions to which they relate have been made public or, otherwise, after four years. Parliament's will in this regard was, in effect, thwarted in the intervening years, as discussed previously.

This exception for background explanations, analysis of problems and policy options is crucial in opening up the information which forms the general basis on which Cabinet acted, without exposing its deliberations. It is essential to promoting improved government accountability and helping to assure that officials provide to Cabinet the best information on which to base decisions--since this, after all, will become open to review and comment.

Given the history of resistance by governments to disclosing such information, the Act should be amended to make it crystal clear that background explanations, analysis of problems and policy options are subject to the right of access.

### (k) Summary of decision

All governments summarize Cabinet decisions in order to communicate these to the public or allow government institutions to implement the directions of Cabinet. Not all such summaries are made available to the public in press releases or other similar public documents. Thus, there is a need to recognize that such summaries are not considered Cabinet confidences once they are severed from other information which may reveal the substances of deliberations of Cabinet or one of its committees. Such summaries (e.g., Treasury Board circulars implementing decisions relating a new policy or budget reduction) should be routinely available to the public.

### (l) Cabinet as appeal body

From time to time, Cabinet or a Cabinet committee (e.g., Treasury Board) may serve as an appeal body, under a specific Act. It can be argued that, in such instances, the record of the decision, but not the advice and recommendations supporting it, should be publicly available. Often such decisions are communicated to the public. But there needs to be a general rule that such decisions are not to be treated as Cabinet confidences. Such a provision is made in both the British Columbia and Alberta FOI legislation.

### (m) Disclosure with consent of Cabinet

There is a convention that the Prime Minister and former prime ministers control access to the Cabinet confidences of his or her administration. Ministers and former ministers control records relating to the making of government decisions or policy. The current federal policy provides discretion to the Cabinet or the Prime Minister to make a Cabinet confidence accessible to the public. The ministers concerned have discretion to disclose records used for, or reflecting communications or discussions, regarding the making of government decisions or formulating of government policy.

In Ontario, paragraph 12(2)(b) recognizes that the Executive Council may lift the designation of Cabinet confidence from a record which has been prepared under its auspices. This consent is not a regular or normal practice. The Information and Privacy Commissioner of that province has recommended its use in cases where proposals or draft legislation or regulations have been released to some parties for consultation but access has been denied others because the records fall within the Cabinet confidences exemption. The Commissioner believes that this inequality of access can be rectified through the

consent of the Executive Council. Other issues may arise where a Cabinet may wish to consent to the release of information qualifying as a confidence. The same requirements may occur for a minister or several ministers who have communicated over a government decision or formulation of policy. Since Cabinet, prime ministerial or ministerial consent does meet the current convention for the release of Cabinet confidences, it would seem appropriate to include a paragraph in the exceptions part of any proposed Cabinet confidences exemption which recognizes the process.

### (n) Disclosure in the public interest

Disclosure in the public interest is a large and important access to information issue in and of its own right. It has become a feature of most modern access legislation in Canada and will have to be seriously considered in any reform of federal access legislation. Ontario was the first to include a more general "public interest override" in its freedom of information legislation. This override generally states that, despite any other provision of the Act, the head of a government institution must, as soon as practicable, disclose any record to the public or persons affected if the head has reasonable and probable grounds to believe that it is in the public interest to do so. The disclosure requirement is extended to Cabinet confidences but the public interest is restricted to a record that reveals a grave environmental, health or safety hazard to the public. The Ontario legislation also provides for a specific public interest override of several of its exemption provisions but not for Cabinet confidences.

British Columbia and Alberta extend the basic Ontario provision by providing for the release of information in cases where there is risk of *significant* harm to the environment or to the health or safety of the public, of an affected group of people, of a person, of the applicant or if there is any other reason for which disclosure is clearly in the public interest. (British Columbia *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, section 25, and Alberta *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, section 31)

There are few rulings under provincial access laws relating to the release of information in the public interest. Those which do, apply to protection of the environment, public health and safety. None relate to the public interest in the disclosure of Cabinet confidences. The best that can be said is that the public interest override is not leading to a flood of Cabinet confidences being released. There is, then, some comfort for those who may see such provisions as a major threat to the confidentiality of the Cabinet decision-making processes.

At the same time, it is hard to support the non-release of information, Cabinet confidence or not, which relates to either *grave* or *significant* harm to the environment, public health or safety or the disclosure of which was otherwise clearly in the public interest. The tests remain quite high and information which would fall in such categories should most often be made public or communicated to affected groups or individuals without any resort to an access request.

Consequently any exemption for Cabinet confidences should be subject to a general public interest override provision, preferably a section similar to those

currently contained in the British Columbia and Alberta freedom of information and protection of privacy legislation.

### (o) Restrictions on examination and review of Cabinet confidences

It is common to recognize the special character of Cabinet confidences by restricting the number and level of those independent agents of Parliament who can gain access to them and examine and make orders concerning questions of public access to them. This is a wise procedure to reduce intrusions upon the overall principle of confidentiality for the deliberations of Cabinet.

The nature of any review mechanism is dependent, however, on the overall review structure under a reformed *Access to Information Act*. If it were to remain unchanged, with the Commissioner carrying out an ombudsman's role for refusals of access, then the recommendations of the Standing Committee must be dealt with.

The Committee recommended that the refusal of access to Cabinet confidences should not be referred to the Information Commissioner but rather should be reviewed directly by the Associate Chief Justice of the Federal Court. Such a procedure would be exceedingly confrontational and expensive, as well as place a very heavy workload on the Associate Chief Justice. There would seem to be merit in empowering the Commissioner to investigate this type of refusal of access as is done in all other cases. The Information Commissioner should be bound, however, to restrict his or her delegation of powers of investigation, as is now the case for specific provisions relating to international affairs and defence under subsection 59(2) of the *Access to Information Act*. If an appeal is made to the Federal Court, it should be heard by the Associate Chief Justice as is also required under section 52 for matters of international affairs and defence.

### (p) Suggested exemption provision for Cabinet confidences

An amended exemption for Cabinet confidences reflecting the recommendations in this chapter, would read as follows:

1. The head of a government institution shall refuse to disclose any record the disclosure of which could reasonably be expected to reveal the substance of deliberations of the Queen's Privy Council for Canada, including, without restricting the generality of the foregoing,

(a) an agenda, minute or other record of the deliberations or decisions of Council or its committees;

(b) a record containing recommendations submitted, or prepared for submission, to Council or its committees;

(c) a record containing background information, analysis of problems or policy options presented to Council for consideration in making decisions;

(d) a record used for or reflecting the content of communications or discussions among ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy;

(e) a record prepared for the purpose of briefing a minister of the Crown in relation to matters that are before, or are proposed to be brought, before Council or that are the subject of communications or discussions referred to in (c) above;

(f) draft policy or regulations; and

(g) records that contain information about the contents of any record within the class of record referred to in paragraphs (a) to (e) if the information reveals the substance of the deliberations of Council.

2. Subsection (1) does not apply to:

(a) a record that has been in existence for 15 or more years;

(b) a record or part of a record which is a record of a decision made by Council on an appeal under an Act of Canada;

(c) a record or part of a record, which contains background explanations, analyses of problems or policy options, submitted, or prepared for submission, to Council or its committees for their consideration in making a decision if:

(i) the decision has been made public;

(ii) four years or more have passed since the decision was made or considered;

(d) a record attached to a Cabinet submission which was not brought into existence for the purpose of submission for consideration by Cabinet or one of its committees;

(e) a record or part of a record which contains a summary of a Cabinet decision exclusive of any information which would reveal the substance of deliberations of Council;

(f) any record or part of a record where the Cabinet for which, or in respect of which, the record has been prepared consents to access being given.

3. For purposes of subsections (1) and (2), "Council" means the Queen's Privy Council for Canada, committees of the Queen's Privy Council for Canada, Cabinet and committees of Cabinet.

## ii) Plugging Gaps in the Act's Coverage

The *Access to Information Act* applies only to institutions listed in Schedule I of the Act. There is no general principle dictating which institutions must be added to the schedule. The Cabinet has the authority to add to, but not subtract from, the schedule but it is not obliged to make additions to the schedule. This régime has resulted in an obsolete Schedule I wherein are listed institutions which no longer exist and from which are missing some institutions which are normally understood to be part of the federal governance apparatus.

The better approach would be to articulate in the law the criteria for inclusion in the Act's Schedule I and require Cabinet to add any qualified institution to the Schedule. Too much uncertainty would be introduced into the system by doing away with the schedule altogether. Institutions, especially new forms of enterprises engaged in public functions, need to know with certainty whether or not they are covered by the law; they deserve an avenue by which to challenge inclusion and the public deserves an avenue to challenge Cabinet's failure to include an institution in the Act's schedule.

**The mechanism which is recommended is this: Cabinet should be placed under a mandatory obligation to add qualified institutions to Schedule I of the Act. Any person (including legal person) should have the right to complain to the Information Commissioner, with a right of subsequent review to the Federal Court, about the presence or absence of an institution on the Act's Schedule I. As at present, the Commissioner should have authority to recommend addition to or removal from the Schedule and the Federal Court, after a de novo review, should have authority to order that an institution be added to or removed from the Schedule.**

Professor Alasdair Roberts, of Queen's University, has written thoughtfully about how freedom of information laws, traditionally designed to respect the public sector/private sector split, are becoming less and less effective. He reports that there is little consensus on how to deal with this problem; a variety of approaches have been adopted in jurisdictions with freedom of information laws. Here are some of the options:

- any organization would be covered that undertakes important public functions, whether it is publicly or privately owned;
- any organization would be covered which exercises "functions of a public nature" or which provides under contract with a public authority "any service whose provision is a function of that authority";
- any organization would be covered whose activities raise the prospect of an abuse of power; and
- any organization would be covered if failure to do so would have an adverse effect on the fundamental interests of citizens.

The clear challenge for Canada is to find criteria for determining coverage of the Act which are as objective as possible so as to make them clearly understood and facilitate their application in specific cases. **To that end, it is recommended that any institution, body, office or other legal entity be added to Schedule I of the *Access to Information Act*** if it meets one or more of the following six conditions:

1) it is funded in whole or in part from parliamentary appropriations or is an administrative component of the institution of Parliament;

2) it or its parent is owned (wholly or majority interest) by the Government of Canada;

3) it is listed in Schedule I, I.1, II or III of the *Financial Administration Act*;

4) it or its parent is directed or managed by one or more persons appointed pursuant to federal statute;

5) it performs functions or provides services pursuant to federal statute or regulation; or

6) it performs functions or provides services in an area of federal jurisdiction which are essential in the public interest as it relates to health, safety, protection of the environment or economic security.

It is, of course, not possible to predict with certainty the forms of institutional arrangements which will arise in future, through which functions of governance will be exercised. In recent years, air traffic control services have been moved from a government department, where they were subject to the right of access, to a private corporation, where they are not covered. In future years, there may be changes in the way governments manage corrections, drug approvals, grants and contributions, policing, emergency response measures--the list goes on. Accountability through transparency should not be lost merely because the modality of service provision has changed. The proposed criteria for inclusion are intended to be objective, yet flexible enough to be useful guides for the future.

Under the above-described criteria for inclusion, examples of institutions not now listed in the Act's Schedule I which would be added, include:

The House of Commons and its components

The Senate and its components

The Library of Parliament

The Chief Electoral Officer

The Information Commissioner

The Privacy Commissioner

The Commissioner of Official Languages

The Auditor General

The Canadian Broadcasting Corporation

Canada Post Corporation

Canadian National Railways

Atomic Energy of Canada Limited

Navcan

The Canadian Blood Service

The Canadian Wheat Board

The St. Lawrence Seaway Corporation

The Canada Pension Plan Investment Board

The Export Development Corporation

It is important to note that the criteria set out above would also capture offices of MPs and senators as well as the Supreme Court, Federal Court and Tax Court. In its 1987 report, the Justice Committee recommended that these bodies be explicitly excluded from the coverage of the Act. Former Information Commissioner, John Grace, did not recommend coverage of these bodies in the proposals for reform he tabled in Parliament in 1994.

There is wisdom in the view that the judicial branch of government, which must adjudicate complaints under the *Access to Information Act* and make binding orders thereon (unlike the Commissioner who is called on to investigate and recommend), should not itself be subject to the Act's requirements, nor to the investigative jurisdiction of the Information Commissioner. More importantly, by convention and constitution, court proceedings are open to the public to a much greater degree than are the activities of other institutions of governance.

As well, there is wisdom in the view that the offices of MPs and Senators should not be covered by the law. Their role in governance is mediated through the institutions of party and Parliament. Their decisions and actions do not cry out for accountability in the same way as do those of government ministers or the various institutions of Parliament of which individual members are part.

**Consequently, it is recommended that the Act include a specific exclusion from its coverage for the Supreme Court of Canada, the Federal Court of Canada, the Tax Court of Canada and for the offices of members of Parliament and Senators.**

Two further requirements will be necessary to prevent records from "leaking" out of institutions covered by the Act into those which are not. First, the most common way this occurs is for an institution which is covered to contract out a particular function (for example an harassment investigation or a managerial review or a strategic plan) and to provide that all records relevant to the contracted activity (except, of course, the deliverable) will be kept in the possession of the contractor.

**To counteract this practice, the *Access to Information Act* should deem that all contracts entered into by scheduled institutions contain a clause retaining control over all records generated pursuant to service contracts.**

Second, institutions have sought to limit the scope of access by arguing that records held in ministers' offices or in the office of the Prime Minister, are not subject to the right of access. As of this writing there is litigation in the Federal Court wherein the Crown is asserting this restrictive interpretation of the Act. The Act should be amended to end the uncertainty by making it clear that the geography of where a record is held is not determinative of whether or not the record is subject to the right of access. **In particular, the right of access in section 4 should explicitly state that it includes any records held in the offices of ministers and the Prime Minister which relate to matters falling within the ministers' or Prime Minister's duties as heads of the departments over which they preside.**

### iii) Slipping Away Below Radar - Section 24

Former Information Commissioner, John Grace, called section 24 of the Act the "nasty little secret of our access legislation" (1993-94 Annual Report pages 31-32). By that description, he was referring to the fact that section 24 allows the government to keep information secret even when there may be no reasonable justification for secrecy. He noted that even confidences of the Queen's Privy Council receive absolute protection for only 20 years. Yet records covered by section 24 are accorded mandatory secrecy forever. The section reads as follows:

> "The head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which is restricted by or pursuant to any provision set out in Schedule II."

In order to add or delete provisions from Schedule II, the Schedule must be amended by Parliament. This whittling away of the right of access occurs largely unnoticed in the back pages of other legislation as a "consequential amendment" to the *Access to Information Act*.

Since section 24 is a mandatory exemption and one which does not require a reasonable likelihood of injury before being invoked, Parliament required that its use should be carefully monitored. For that reason, subsection 24(2) requires that each statute contained in Schedule II be reviewed by Parliament at the same time as the general review prescribed by subsection 75(2). This review was carried out in 1986 by the Justice and Solicitor General Committee.

In its report of June 1, 1986, the Committee noted that the spirit of the *Access to Information Act* was articulated in subsection 2(1) which provides as follows:

> "The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government."

The Committee concluded that two of the three principles set out in this clause are violated to some degree by the existence of section 24. First, it said, to the extent that many of the statutory provisions in Schedule II contain a broad discretion to disclose records yet fall within the mandatory prohibition in section 24, the exception to the right of access cannot be termed "limited and specific". Second, the Committee also noted that, since the scope of the Commissioner's review of government decisions to withhold records under this exemption is limited simply to a determination of whether the disclosure is subject to some other statutory restriction, there can hardly be a full independent review.

After reviewing the history and purpose of section 24, the nature of the information listed in Schedule II and hearing witnesses in the matter, the Committee concluded as follows:

> "We have concluded that, in general, it is not necessary to include Schedule II in the Act. We are of the view that, in every instance, the type of information safeguarded in an enumerated provision would be adequately protected by one or more of the exemptions already contained in the *Access to Information Act*." (*Open and Shut*, p. 116)

The Committee demured, with respect to three statutes, in the following terms:

> "Despite our view that the interests protected by the Schedule II provisions could adequately be protected by other existing exemptions in the *Access to Information Act*, we are persuaded that there should be three exceptions to the conclusion. The sections of the *Income Tax Act*, the *Statistics Act* and the *Corporations and Labour Unions Returns Act* which are currently listed in the Schedule deal with income tax records and information supplied by individuals, corporations and labour unions for statistical purposes. Even though the exemptions in the *Access to Information Act* afford adequate protection for these kinds of information, the Committee agrees that it is vital for agencies such as Statistics Canada to be able to assure those persons supplying data that absolute confidentiality will be forthcoming. A similar case has been made for income tax information."

Consequently, the Committee recommended that section 24 and Schedule II be repealed and replaced with new provisions which would incorporate and continue to protect the special interests contained in the *Income Tax Act*, the *Statistics Act* and the *Corporations and Labour Unions Returns Act*. It also recommended that the Department of Justice undertake an extensive review of the remaining statutory restrictions in Schedule II and amend their parent acts in a manner consistent with the *Access to Information Act*.

It would seem that the Committee's wise advice has fallen on deaf ears, as the statistics illustrate. When the *Access to Information Act* was proclaimed in 1983, the 33 statutes listed in Schedule II contained, among them, some 40 separate provisions restricting disclosure in some way. Three years later, at the time of the Parliamentary Review in June of 1986, the number had grown to 38 statutes incorporating 47 specific confidentiality provisions. As of December 31, 2000, that list has grown to 52 statutes, with 66 particular provisions which affect the confidentiality of records.

These "by the back door" derogations from access rights are as troubling to the Commissioner as they were to the Justice Committee. When Parliament adopted the right of access to government records, it included a very important phrase: "notwithstanding any other Act of Parliament" (section 4). The continuing growth of Schedule II now threatens to erase the vital constraint on creeping secrecy which those six words originally gave.

**There being no doubt that the Act's existing exemptions afford adequate protection for all legitimate secrets, it is time to abolish section 24.**

## iv) Strong Medicine for Delays

Since the beginning, users of the *Access to Information Act* have complained about chronic and long delays in receiving answers. This despite the fact that Parliament explicitly stated, in subsection 10(3), the principle that access delayed is access denied. That provision states:

> "Where the head of a government institution fails to give access to a record requested under this Act or a part thereof within the time limits set out in this Act, the head of the institution shall, for the purposes of this Act, be deemed to have refused to give access."

There is no penalty in the Act for failure to respect the mandatory legal obligation to respond to an access request within 30 days (or within a validly extended response period). Consequently, many departments adopted early on--and to this day--a "we'll do our best" response period.

Complaints about delay--even after 17 years of trying--comprise some 50 percent of the complaints made to the Information Commissioner. Several major recipients of access requests consistently get failing grades on the Commissioner's delay "report cards". (For details on this year's report cards and the current delay situation, see Chapter IV, pages 85 to 91) [2000-01 Annual Report]. This situation is the Act's "silent, festering scandal"--to borrow a phrase from a former Commissioner.

In its 1987 report, the Standing Committee on Justice and Solicitor General recommended that the Treasury Board, in conjunction with the Public Service Commission, investigate methods for enhancing timely compliance with the *Access to Information Act*. The problem, even then, was of such concern to the Committee that it asked for the investigation to commence immediately and that its results be submitted to the Justice Committee within one year.

The Treasury Board ignored the recommendation, did not investigate methods to solve the problem, did not report back to the Committee. To this day, no such investigation has been undertaken by the Treasury Board--at least to the knowledge of this Commissioner. One must bear in mind that it is the President of the Treasury Board who is designated as the minister responsible for the good administration of the Act across government.

It is almost unprecedented to be in a position of seeking ways to "encourage" public officials to obey mandatory legal obligations. Just think about the implications. Yet that is where the Justice Committee found itself in 1987 and where we find ourselves in 2001.

Except for its recommendation that Treasury Board study the matter, the only other delay-related recommendation made by the Committee was to make a statutory connection between the timeliness of answers and the collection of fees. In particular, the Committee recommended that the Information Commissioner be given the power to make an order waiving all access fees in cases of unjustified delay.

In his 1993-94 recommendations for reform, former Information Commissioner Grace endorsed the view that the right to collect fees should be lost when answers are unjustifiably delayed. He entered this caveat: "This sanction, admittedly, would be largely symbolic because large fees are seldom collected from requesters. But it is a start. There is no reason requesters should pay anything for poor service." Mr. Grace went on to propose a more "mind-focussing" sanction, being to prohibit government from relying upon certain of the Act's exemption provisions in late responses. In that proposal, the government could only invoke exemptions 13, 17, 19 and 20 to withhold records in late responses. Those provisions protect confidential foreign or provincial records, personal safety and privacy and confidential, third-party information.

There is some question as to whether this proposal would be workable. Several provisions which government would be precluded from invoking contain injury tests and, if those tests are met, surely the information merits protection even if the answer is late. The idea behind this "sanction" is a good one. It would have every bit as much force, without risking highly damaging disclosure, if it were restricted to loss of the ability to invoke sections 21 (internal advice) and 23 (solicitor-client) in late responses. These two sections are discretionary and protect the internal, advice-giving process. A sanction so limited would pinch where the pinch is needed.

**Consequently it is recommended that the Act be amended to preclude reliance upon sections 21 and 23 in late responses.**

This "strong medicine" for late responses is only justifiable if government institutions are given a reasonable response-time régime to work within. In 1999-2000, government institutions were able to meet that deadline in 63 percent of cases. The Standing Committee on Justice and Solicitor General recommended, in 1987, that the response period be shortened to 20 days. However, access requests are becoming increasingly complex and sophisticated, and volumes are up significantly over 1987 levels. There appears to be no system-wide reason for increasing--or decreasing--the current 30-day response deadline.

However, concerns have been raised with respect to the extension of time provisions in the Act. Requesters frequently choose to submit a large number of individual requests on the same subject (perhaps broken up by time periods) rather than one comprehensive request. They do so, despite the additional application fees involved, in order to take advantage of the five free hours of search time included with *each* access request.

This approach does not, however, reduce the department's burden of work to respond, yet it may restrict the department's legal entitlement to avail itself of an extension of time. For example, no single request in the group may involve a large volume of records, hence, no extension pursuant to paragraph 9(1)(a) of the Act would be permitted. Whereas, if the group of requests were considered as a unit, the "large volume" criteria might be met.



**This defect in the extension régime should be remedied by permitting a government institution, for the purposes of paragraph 9(1)(a) of the Act, to**

**group all requests received from a requester (within 30 days of receipt of the initial request) on the same subject matter.**

When grouping has been employed for the purposes of paragraph 9(1)(a), it is appropriate that the requester be so informed in the extension notice.

While the extension provision deserves broadening in the manner set out above, its open-ended nature should also be addressed. As it stands, when extensions are permitted, they may be taken for a duration of time which is "reasonable--having regard to the circumstances." (subsection 9(1)) When one considers that a complaint to the Information Commissioner must be made within one year from the date the request is received, the right of complaint may be effectively denied through the use of the extension power. This defect, too, calls for a remedy.

**It is recommended that section 9 be amended to provide that no extension of time may exceed one year without the approval of the Information Commissioner. Further, it is recommended that section 31 be amended, to give the Commissioner discretion to extend the one-year period within which a complaint must be made.**

There is one further measure which would assist Parliament and the public in identifying the government institutions which fail to respect their response-time obligations. Section 72 of the Act requires the head of every government institution to report to Parliament every year on the administration of the *Access to Information Act* within his or her institution. Those reports are permanently referred to the Standing Committee on Justice and Human Rights. The Act is silent on what those reports should contain. Treasury Board has issued guidelines as to what should be contained in such reports but it does not ask institutions to grade their own performance in meeting response deadlines.

**It is recommended, therefore, that section 72 be amended to require government institutions to report each year the percentage of access requests received which were in "deemed refusal" at the time of the response and to provide an explanation of the reasons for any substandard performance.** In other words, by statute, all institutions should be required to provide Parliament with a "report card" similar to that which the Commissioner has provided on selected institutions over the past several years.

## v) Recognizing, Fostering and Protecting the Coordinators

Since the Act's beginning, every government institution has managed the intake, processing, and responding to access (and privacy) requests through an official known as the Access to Information and Privacy (ATIP) Coordinator. That is, however, where the uniformity ends. Some coordinators are full-time, some part-time; some are senior, some are junior; some are empowered to apply exemptions, some merely prepare the files for others to decide; some have direct access to deputy ministers, some do not; some are encouraged to be the "information rights" conscience for their institution, some are encouraged to apply the access law in the most restrictive fashion.

All ATIP coordinators, on occasion, experience an uncomfortable conflict between their responsibilities under the *Access to Information Act* and their career prospects within their institution. This troubling reality was recognized by the Justice Committee during its three-year review. Treasury Board, too, remarked on this difficulty after reviewing responses given by coordinators in 1986 to a survey on their roles and job satisfaction. The study found:

> "In general, coordinators felt that there is a need for senior government officials to come to grips with the reality of Access and Privacy legislation, and to recognize that this represents a fundamental change in the conduct of public affairs affecting all stages in the treatment of government information, from creation to disposal, with implications well beyond the administrative processing of requests." (Review of Access to Information and Privacy Coordination in Government Institutions, 1986 Treasury Board Secretariat)

Despite the central, indispensible role of ATIP coordinators in the system--transforming black letter rights into a real service--they do not even get a mention in the *Access to Information Act*. In paragraph 5(1)(d) of the Act, the President of Treasury Board is required to publish a catalogue of institutions covered by the Act together with a description of their information holdings. In that catalogue--now called INFO SOURCE--there must be included: "the title and address of the appropriate officer for each government institution to whom requests for access to records under this Act should be sent". That is the closest the Act comes to recognizing the role of the ATIP coordinator. To make matters worse, if one consults INFO SOURCE, none of the individual listings make reference to the ATIP coordinator. Only in the "useful terms" section at the beginning of the publication will one see reference to the ATIP coordinator as follows:

> "**Access to Information and Privacy Coordinator**. Each federal government department or agency has an Access to Information and Privacy Coordinator. The coordinators' offices are staffed by people who can answer questions and help you identify the records you wish to see. The coordinators may be contacted in person, by telephone or by letter. If you send a letter, include as much information as you can to help the staff locate the records you want and send you a reply as soon as possible." (*Info Source*, 2000-2001, p. 3)

In 1987, the Justice Committee believed that the time was long past due to professionalize the role of ATIP coordinators, to classify them as part of departmental senior management group, make them a part of departmental executive committees, give them direct reporting relationships with deputy heads of departments, develop a uniform set of job descriptions and set of expectations for them, ensure that they have completed standard, formal training in their discipline and surround them with a leadership culture which does not penalize them for making the access law effective within their institutions.

Those wise recommendations were not followed. In almost every annual report of this and previous Information Commissioners since the Act's coming into force, the impossible, thankless role of the ATIP coordinator has been brought to the government's attention. In 1998, then Commissioner Grace proposed a professional code of conduct for ATIP coordinators and urged Justice Canada, Treasury Board Secretariat, users of the Act and coordinators to work together in finalizing and adopting such a code. With the exception of the coordinators' own initiative in organizing the Canadian Access and Privacy Association (CAPA) as a mechanism for sharing information, ideas and concerns and for providing education and training through conferences and seminars, little has been done over the years to address the needs and concerns of these officials. Parliament could, and should, nudge the process along.

**To that end, it is recommended as follows:**

- **The Act include a definition of "access to information coordinator" as:**

  **"Access to Information Coordinator" means the officer of a government institution identified pursuant to paragraph 5(1)(d) and delegated pursuant to section 73 to receive, process and answer requests under this Act for access to records."**

- **Section 73 be amended to read as follows:**

  **"The head of a government institution may, by order, designate one senior officer, having direct reporting access to the head or deputy head of the institution, as the institution's Access to Information Coordinator and may delegate to that official and to others for the purpose of assisting that official, the authority to exercise or perform any of the powers, duties or functions of the head of the institution under this Act that are specified in the order."**

- **A new section, 73.1, be added as follows:**

  **s. 73.1(1) – It is the Access to Information Coordinator's duty to respect the letter and purpose of this Act, and to discharge this duty fairly and impartially.**

  **(2) – The Access to Information Coordinator shall promptly report to the head or deputy head of the institution any instance which comes to his or her knowledge, involving interference with rights or failure to discharge obligations, set out in this Act.**

  **(3) – The Access to Information Coordinator shall take all reasonable precautions not to disclose the identity of an access requester, the reason for a request or the intended use of requested information except:**

  **i) to the extent reasonably necessary for the proper processing of the access application;**

  **ii) with the consent of the requester; or**

  **iii) if disclosure is permitted by section 8 of the *Privacy Act*.**

Access to Information Coordinators may, at any time, seek the independent advice of the Information Commissioner concerning compliance with this section and no coordinator may be penalized in any way for so doing.

## PART B - LEGISLATIVE TUNE-UP

While the Act has served well in enshrining the right to know, it has also come to express a single-request, often confrontational approach to providing information--an approach which is too slow and cumbersome for an information society. The legal advances made by the legislation should, of course, be preserved as the ultimate guarantee of information access for the citizen. But, those principles should now be buttressed by new measures that acknowledge the broader importance and role of federal government information in Canadian society.

**To that end it is recommended that there be a single minister, preferably the President of the Treasury Board, to be responsible for the *Access to Information Act*--all of it, its administration and policy.**

To make the bureaucracy reflect the new leadership, it would make sense to sever the Information Law section of the Department of Justice from its present department (and from its inherent conflict-of-interest) and merge it with the Information, Communications and Security Policy Division of the Treasury Board Secretariat. This expanded unit would provide a locus of real leadership on information policy to public officials and practical advice to the community of access coordinators. Most important, this unit would be a much-needed counterweight to the powerful, yet heavily legalistic, influence which Justice, in its legal advisory role, exerts over all departments.

### Government information as a national resource

The great lesson to be drawn from the access law's first 18 years of life is clear: to enhance open and accountable government, the *Access to Information Act* must become more than the mechanism by which individual access requests are made and answered. To accomplish this, three essential principles should be enshrined in law. These are:

1. **Government information should be generated, preserved and administered as a national resource.**

2. **Government should be obliged to help the public gain access to its national information resource.**

3. **Government information should be readily accessible to all without unreasonable barriers of cost, time, format or rules of secrecy.**

Broadening the access law in these three ways would make Canada's national information policy compatible with the public's right to know. **To reflect this important goal, an appropriate new name for the Act would be the *National Information Act*, *Open Government Act*, or the *Freedom of Information Act*.**

## Creating the records: their care and safekeeping

To accept the notion that government information is a national resource is to acknowledge its value. To acknowledge its value is to see the need to ensure its creation and to safeguard it.

Implementing the first principle calls for new, clear and comprehensive rules for the creation and safekeeping of information. These rules would rebuke the disdainful practice of some officials who discourage the creation and safekeeping of important records in order to avoid the rigors of openness.

**As discussed in detail in Chapter II, it is time for the passage of information management legislation and to impose, among other duties, the duty to create such records as are necessary to document, adequately and properly, government's functions, policies, decisions, procedures, and transactions.** A duty to create records has been imposed on the United States federal government by the *Federal Records Act*.

Among important records not now kept in an easily accessible form are copies of documents released under the access law. That should change. **All government institutions should be required to maintain a public register containing all records which have been released under the access law.** Why should departments duplicate their efforts and why should subsequent requesters have to wait unnecessarily, and pay again, for information which someone has already received? **As well, government institutions should maintain a current, public register of all public opinion surveys, which surveys should be disclosed on request without application of exemptions under the Act.**

## Creating pathways to information

The national information resource is vast; so vast that without a navigation system it will be of little use to the public. Open and accountable government requires public pathways to information and more. It requires that government actively disseminate some information. **There should be an obligation on government to release routinely information which describes institutional organizations, activities, programs, meetings, systems of information holdings and which inform the public how to gain access to these information resources. This obligation to disseminate should extend also to all information which will assist the public in exercising its rights and obligations, as well as understanding those of government.**

## Eliminating barriers to access price barriers

To eliminate a developing price barrier, the existing distinction between records which can be purchased, to which there is now no right of access, and other records to which the Act applies, should be modified. **In particular, paragraph 68(a) should be amended to ensure that only information which is reasonably priced and reasonably accessible to the public is excluded from the access law.** Such a change would prevent the establishment of distribution arrangements that interfere with the availability of government information on a timely and equitable basis. As well, it would ensure that fees and royalties for government information are reasonable.

Of course, a call for reasonable fees is platitudinous and begs the question: what level of fees is reasonable for access under the Act and for information disseminated outside the Act?

At their current levels and as currently administered, fees for requests under the Act seem designed to accomplish one purpose--and one purpose only: to discourage frivolous or abusive access requests. The fee system is not designed to generate revenue for governments or even as a means of recovering the costs of processing access requests. That is not an acceptable premise on which to build a right of access.

**Rather, it should be made explicit in the Act, as it is in the Ontario and British Columbia Acts, that departments may refuse to respond to frivolous or abusive requests--subject to an appeal to the Information Commissioner.** Better to face this issue head on than penalize all requesters through the fee system. To avoid the real risk that this provision could be used by departments as a delaying tactic, when the Commissioner reviews a complaint that a department refused access on that basis, the Commissioner's ruling should be binding and final.

Once that change has been made, there is no longer any compelling argument for retaining the $5 application fee. The only approved charges should be market-rate reproduction costs (i.e., for paper copies, diskette tapes, audio/video tapes or copies in any other format) and the present $10 per hour search and preparation charge. In the spirit of openness, it would seem reasonable to retain the period of the five hours' search time included with each access request.

While there have been recurring rumblings over the years about the government's intention to raise access charges, it is simply wrong for government to seek to generate more revenues from the administration of the access law. The annual cost of administration is some $20 million by a generous estimate. That is a bargain for such an essential tool of public accountability. The law pays for itself in more professional, ethical and careful behaviour on the part of public officials who must now conduct public business in the open. Excessive fees discourage use of the law and, in the long run, that is too high a cost.

Yet, some users of the access law are professional information brokers. They make large numbers of requests for large numbers of records, then resell the information for profit. A separate way of dealing with these commercial requesters is justifiable. When requests are from information resellers, government should be allowed to levy fees that approximate the actual cost of producing the information.

Even in these cases, however, price should not become an unreasonable barrier, either by wrongly defining requesters as commercial clients or by setting fees too high.

The decision to treat a request as a commercial request should be subject to review by the Information Commissioner. So, too, fees to be charged to a commercial requester should be reviewable. In these situations, to guard against delaying tactics, the Commissioner's decision should be binding and final.

The Standing Committee in 1987 made an extensive recommendation to incorporate fee waivers into the Act. The governments of Ontario and British Columbia have dealt with fee waiver specifically in their legislation. The Committee's criteria are sensible. They suggest that departments be required to consider whether:

- there will be a benefit to a population group of some size, which is distinct from the benefit to the applicant;
- there can be an objectively reasonable judgment by the applicant as to the academic or public policy value of the particular subject of the research in question;
- the information released meaningfully contributes to public development or understanding of the subject at issue;
- the information has already been made public, either in a reading room or by means of publication;
- the applicant can make some showing that the research effort is most likely to be disseminated to the public and that the applicant has the qualifications and ability to disseminate the information. The mere representation that someone is a researcher or plans to write a book should be insufficient to meet this latter criterion.

The *Government Communications Policy* also sets out useful waiver criteria:

"Institutions should reduce or waive fees and charges to users where there is a clear duty to inform the public, i.e., when the information:

- is needed by individuals to make use of a service or program for which they may be eligible;
- is required for public understanding of a major new priority, law, policy, program, or service;
- explains the rights, entitlements and obligations of individuals;
- informs the public about dangers to health, safety or the environment."

The Ontario legislation adds another wrinkle. It asks departments to consider "whether the payment will cause a financial hardship for the person requesting the record".

**All this to say that what appeared novel and difficult to prescribe in law in 1982 is now run-of-the-mill and should be incorporated into the access law.**

Finally on the issue of fees, it is important to note that the current fees in the regulations for computer-related charges do not reflect current realities. They provide:

7(1) Subject to subsection 11(6) of the Act, a person who makes a request for access to a record shall pay

(a) an application fee of $5 at the time the request is made; and (b) where applicable, a fee for reproduction of the record or part thereof to be calculated in the following manner:

(vi) for magnetic tape-to-tape duplication, $25 per 731.5 m reel.

(3) Where the record requested pursuant to subsection (1) is produced from a machine-readable record, the head of the government institution may, in addition to any other fees, require payment for the cost of production and programming calculated in the following manner:

(a) $16.50 per minute for the cost of the central processor and all locally attached devices; and

(b) $5 per person per quarter hour for time spent on programming a computer.

The idea that producing a report from a database is tantamount to programming a computer is outdated. Current technology, available at a modest cost, can easily produce a variety of reports from a single database. As well, charging for central processing time was reasonable when processing capacity was a scarce resource. Mainframe computers were very costly to purchase. Charging for processing time was one way to amortize their cost. The same reasoning does not apply to much less costly personal computers.

Better performance capabilities and lower costs of PC-based networked computing means that the real machine time cost is next to nothing. While a charge of $16.50 for each minute of central processor time may be appropriate for mainframe computing, it can hardly be justified for networked personal computers. **The regulations of the Act should be amended to exclude PC-based processing from the central processing fee.**

A second pricing issue involves fees to be charged for such new ways of distributing information as CD-ROMs and computer printouts. These media are not covered by the current fee schedule. The fee schedule clearly intends to limit the cost to the requester to the cost of compiling and reproducing the information. The same pricing philosophy should be maintained for new media formats.

## The format barrier

Computer and database technologies and structures raise a fundamental question: Can computer-stored information be thought of at all in terms of discrete records? While the title of the *Access to Information Act* refers to information, the purposive section of the Act sets out a distinct limitation on its scope:

"2(1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information **in records** under the control of a government institution..."

The Act in section 2 defines a record as: "...any correspondence, memorandum, book, plan, map, drawing, diagram, pictorial or graphic work, photograph, film, microform, sound recording, videotape, machine readable record, and any other documentary material, regardless of physical form or characteristics, and any copy thereof."

As database technology evolves, the parallels with paper records become ever more remote. Databases have come to resemble pools of information rather than collections of discrete documents. A record may result from the synthesis of information retrieved from several files--information conjured up only to dissolve again on command. As such, a specific record may not be created until a request is made and the software associated with the database compiles the information. But to exclude such information from the scope of the Act would be inconsistent with its purpose.

The right of access to records set out in section 4 of the Act should be amended to offer a right of access to "recorded information". Whenever the term record appears in the Act, including in the definition section, the term recorded information should be substituted. **To add clarity to the definition of recorded information, the present definition should be expanded to include voice-mail, e-mail, computer conferencing and other electronically stored communications.**

Acknowledging that government information is recorded in many forms, the right of access should include a right to receive information in the format most useful to the requester. While paper copy remains the most accessible and commonly-used format, other formats should be available whenever they exist or can be created with a reasonable amount of effort and at reasonable cost.

The *Access to Information Act* and regulations give little guidance on the matter of the format in which information is to be released. The Act does allow a requester to ask for information in either of the official languages. It also gives visually impaired individuals the right to information in alternate formats--in large print, braille or in audio-cassette. Regulations set the price of diskette copies as well as for the alternate formats. The Act and regulations do not, however, mention the conversion of data from one format into another.

If requesters are asked to pay for these conversions (which can often be done simply and automatically), will subsequent requesters have to pay again? Or will a department, having accomplished the conversion once, be required to maintain the data in the converted format for future requests? Would documents printed on demand from an electronic record be held in anticipation of a future request? No regulations are in place to govern on-line or remote access to electronic information.

**The Act should be amended to give a requester the right to request information in a particular format. Departments should be allowed to deny the request on reasonable grounds, but any refusal should be subject to review by the Information Commissioner.**

## The exemption barrier

Some critics of the access law have received attention by arguing that the Act is more about secrecy than openness because of its multitude of exemptions. The current exemptions are the result of a careful balancing of a variety of interests achieved while the Act was being drafted and debated in Parliament between 1979 and 1982. While this is far from making the Act a secrecy act, there is no doubt that some of the so-called secrecy rules have proved in practice to be unnecessarily broad and inflexible. Some changes are required to reduce barriers to access and to ensure that those pessimistic characterizations of the law do not become pervasive.

A brief explanation of what now exists: Some exemptions are discretionary while others are mandatory; some include an injury test, others do not. If a record, or part of a record, comes within a specified exemption, then a government institution may be justified, or in some cases be required, to withhold all or part of the information.

A government institution is required to tell requesters, in general terms, the statutory ground for refusing a record or what the ground would be if the record existed. Currently, an institution is not required to confirm whether a particular record in fact exists, since such disclosure may, in and of itself, give valuable exemptible information. An institution must sever exemptible portions of records and provide access to the rest.

So much for what exists. Exemptions are difficult creatures to draft. It is even more difficult to obtain a consensus on what they should be. Thus, it is with some trepidation that changes are suggested. Nevertheless, after 18 years of experience, it is clear that some change is overdue to ensure that the law's purpose is better served.

## Discretion and injury

The Standing Committee on Justice and Solicitor General made only one general recommendation concerning exemptions:

> "That subject to the following specific proposals, each exemption contained in the *Access to Information Act* be redrafted so as to contain an injury test and to be discretionary in nature. Only the exemption in respect of Cabinet records should be relieved of the statutory onus of demonstrating that significant injury to a stated interest would result from disclosure. Otherwise, the government institution may withhold records...only `if disclosure could reasonably be expected to be significantly injurious` to a stated interest."

**With the exception of section 19 (the personal privacy exemption) and, possibly, section 13 (the confidences of other governments exemption), the Committee's recommendation is a sensible way to promote more open and accountable government. It does not seem necessary, however, to put an onus on government to demonstrate significant injury from disclosure.**

In similar legislation, the governments of Ontario, Quebec and British Columbia do not attempt to qualify the degree of injury that must be reasonably expected to occur. It is preferable to allow the seriousness of the injury to be one of the factors taken into account when discretion is exercised to invoke an exemption.

As for the personal privacy exemption, making it discretionary and subject to an injury test would radically alter the current balance between the *Access to Information Act* and the *Privacy Act*. That would be a mistake. Section 19 of the *Access to Information Act* is a mandatory, class exemption for the simple reason that it was Parliament's intent to make any public disclosure of personal information subject to the régime of the *Privacy Act*. The section does permit the head of an institution some discretion, but it is coincident with the privacy law. Admittedly, this is a different approach to that taken elsewhere.

In the United States, release of personal information under the *Freedom of Information Act* is subject to a test to determine whether disclosure would constitute a "clearly unwarranted invasion of privacy". In Ontario, access and privacy provisions are combined in a single statute which permits disclosure of personal information when there is no "unjustified invasion of personal privacy". British Columbia has a similar structure, but its test is an "unreasonable invasion of personal privacy".

It is far from clear that these are better approaches to balancing the right to privacy with the right to know what government is up to. To embrace such an approach, legislation must set out what is, and is not, an invasion of personal privacy, under whatever test is established. Further, both Ontario's and British Columbia's law require that individuals be notified when a public body intends to release a record that an official has reason to believe contains exemptible personal information. While the process is fair, it is onerous and bureaucratic. It is also bound to result in delays. On the whole, such a régime is unlikely to be an improvement over the current federal practice and may, in fact, weaken existing protection of personal privacy.

The need for an exemption to protect information obtained in confidence from other governments is understandable. Through the Act's section 13, mandatory protection is given to information provided to the federal government by foreign, provincial or municipal governments. Each government should be responsible for controlling and releasing its own information. **The courtesy needs to be extended to the subdivisions of foreign states (e.g., an American state).** The provision was extended to cover "an aboriginal government" by way of a consequential amendment to the *Nisga'a Final Agreement Act* which was proclaimed on May 11, 2000.

Freedom of information legislation in Ontario, British Columbia and Alberta already has discretionary exemptions for records relating to "intergovernmental relations", exemptions which verge on injury tests (i.e., "could reasonably be expected to reveal a confidence"). **An amendment to section 13 should be rewritten as a discretionary, injury-based exemption. A time limit of perhaps 15 years should apply to all such confidences unless the information relates to law enforcement or security and intelligence matters, or is subject to extensive and active international agreements and arrangements. A public interest override should apply to this exemption.**

## Public interest override

The Standing Committee also discussed another innovation from the *Ontario Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, which was then in draft form. It reads:

> "Despite any other provision of this Act, a head shall, as soon as practical, disclose any record to the public or persons affected if the head has reasonable and probable grounds to believe that it is in the public interest to do so and that the record reveals a grave environmental, health or safety hazard to the public."

**The absence in the federal Act of a general public interest override is a serious omission which should be corrected. Again, with the exception of the personal privacy exemption, the Act should require government to disclose, with or without a request, any information in which the public interest in disclosure outweighs any of the interests protected by the exemptions.**

Here again, the section 19 (personal privacy) exemption already has, by reference to the *Privacy Act*, a specifically designed public interest override. Sub-paragraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act* authorizes the government to disclose personal information without consent when the public interest in disclosure "clearly outweighs" any invasion of privacy that would result. It is entirely appropriate that this high level of protection for personal privacy be maintained.

## Section 14: Federal-provincial affairs

There is a long-standing recommendation, going back to the original drafting of the Act and repeated in *Open and Shut*, that the word "affairs" be replaced by the word "negotiations". This change would serve to narrow the exemption without damaging the interest involved. It should be supported.

## Section 15: International affairs and national defence

There have been ongoing complaints from requesters about ways in which this complicated exemption is invoked. The Standing Committee put it best in *Open and Shut*:

> "After a broadly worded injury test, nine classes of information which may be withheld are listed. Arguably, 'any information' found in the broad classes listed, whether or not it would be injurious if released, must be withheld. The Information Commissioner has interpreted this section as

requiring the department or agency to establish that the records withheld are not only of the kind or similar in kind to those enumerated in the subsequent paragraphs, but also that the department must provide some evidence as to the kind of injury that could reasonably be expected if the record in question were released. On the other hand, the Department of Justice has asserted that one of the specific heads listed in the paragraphs need not be applied to information before the exemption can be claimed, as long as the specific injury test is met."

The Committee worried that, as currently interpreted, the section did not adequately link injury to the nine classes or illustrations. The Committee's concern remains valid and its recommendation deserves fresh endorsement. **Section 15 of the Act should be amended to clarify that the classes of information listed are merely illustrations of possible injuries. The overriding issue should remain whether there is a reasonable expectation of injury to an identified interest of the state.**

## Section 16: Law enforcement

**The recommendation has already been made in this report that an injury test be included in all elements of section 16. In effect, this would mean a repeal of paragraphs 16(1)(a) and (b), since all such information would be covered by 16(1)(c) if an injury test were to be introduced.**

There can be no justification for secrecy unless a reasonable expectation of injury to an important interest can be demonstrated. This axiom applies to enforcement and intelligence as to any other area.

A decade of experience with the law has shown no compelling reason why such interests should get a 20-year grace period during which secrecy may be maintained without any need to demonstrate an injury from disclosure. This view will be controversial within the law enforcement community, as was the original provision. Though professional nervousness may be understandable, the fears are as groundless now as they were then. The recommended changes will bring the federal Act into line with the law enforcement provisions in Ontario, British Columbia and Alberta.

## Section 17: Safety of individuals

In 10 years, the government has rarely used the threat to the safety of individuals as a reason for refusing access. It exists largely for cases dealing with offenders' records. **Nevertheless, it would be useful to address a potential area of controversy by making explicit that this exemption also applies if disclosure could reasonably be expected to pose a threat to an individual's mental or physical health.** The British Columbia law goes this extra step and so should the federal law.

## Section 18: Economic interests of Canada

Section 18 deals with a potpourri of issues. It is for the government, however, the rough equivalent of section 20: protection of economic and technical information. **The provision should be amended in parallel with section 20**

**regarding the release of the results of product and environmental testing.** This was the recommendation of the Standing Committee. As well, the term "substantial value" in paragraph 18(a), relating to trade secrets and financial, commercial, scientific and technical information should be modified and narrowed by the term "monetary".

The issue of protecting "confidential business" information for the government's Special Operating Agencies (SOAs) has also arisen. Several of these entities are being asked to compete with the private sector without the protection other companies enjoy under section 20-third-party information.

## Section 19: Personal information

As discussed earlier, this report recommends no major changes to section 19. Any temptation to add an "unwarranted invasion of privacy" test should be resisted. Such a test would create a large, bureaucratic notification process with no perceptible improvement in the current balance between the rights of access and privacy. Indeed, such a change may be seen as attempting to undermine privacy protection at a time when public concern in this area is rising.

## Section 20: Confidential business information

Section 20 of the Act protects certain kinds of information furnished to a government institution by a third party. A third party may be an individual, a group or an organization. In practice, it is most often a corporation. Generally, section 20 protects trade secrets, confidential financial and technical information; information which, if released, would likely have an adverse impact on a business or interfere with contractual negotiations. Section 20 is one of the most used, abused and litigated exemptions under the *Access to Information Act*. Many of the Act's delay problems concern requests for business information.

Along with section 19 (the personal privacy exemption), the third-party protection is used more often than any other exemption to refuse disclosure of records. It also shares with section 19 the distinction of being the primary reason why some information available before the law's passage is no longer available. In the case of section 20, however, (and unlike section 19), greater secrecy has no justification.

This Commissioner has seen thousands of government-held records relating to private businesses. Real secrets are rare. Sounding the alarm of competitive disadvantage has become as reflexive in some quarters as blinking. Concern for the public interest in the transparency of government's dealings with private businesses has been almost abandoned by government officials.

**New rules of the road are needed to govern the right to know more about government dealings with the private sector. First, the law should tell firms choosing to bid for government contracts that the bid details, and details of the final contract, are public for the asking.** Access to such records is essential if this facet of government is to be transparent and if the public is to have confidence that taxpayer dollars are being well-spent. As matters now stand, only partial glimpses are possible. There is partial disclosure of winning bids,

none at all of losing bids. Contract prices are released without details. That is not good enough. Section 20 should be amended to put more accountability in the government contracting process.

Government holds a vast array of information about private businesses, information unrelated to government contracts. Ours is a highly regulated society. In many fields--agriculture, health, communications, environment, fisheries, native affairs, regional development--information from private sector firms figures prominently in government files. With government downsizing and privatization, more and more matters affecting the public interest are dealt with by the private sector. Government officials and private firms should not be able to agree among themselves to keep information secret. Yet, paragraph 20(1)(b) comes perilously close to giving authority for just such a cozy arrangement. It requires government to keep secret:

> "financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party".

**The provision, paragraph 20(1)(b), should be abolished.** Paragraph 20(1)(c), as it now stands, is fully adequate to ensure that any legitimate business need for secrecy is served. It requires government to keep secret:

> "information the disclosure of which could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or could reasonably be expected to prejudice the competitive position of, a third party".

It is questionable whether paragraph 20(1)(a) (regarding trade secrets) is needed in the light of paragraph 20(1)(c). Any information which would qualify for secrecy as a trade secret would certainly qualify for secrecy under 20(1)(c).

A particularly unsatisfactory aspect of section 20 is the public interest override contained in subsection 20(6). While it is essential that there be a public interest override--we must know about unsafe airplanes, unhealthy medications and dangerous products, whatever the consequences to their makers--it does not make sense to limit the override to matters of "public health, public safety or the protection of the environment"; the public interest in matters such as consumer protection is equally deserving of coverage.

The earlier recommendation that all exemptions be subject to a general public interest override would remedy this problem. **Even if a general override is not accepted by Parliament, the override now contained in subsection 20(6) should be broadened.**

Not only is the present Act overly cautious in extending secrecy protection to private businesses, it puts in place an unwieldy procedural apparatus which contributes to delay and administrative burden.

Delays are the result of the mandatory requirement that government institutions give direct notice to and consult with third parties before records may be released. Similar requirements are imposed on the Information

Commissioner if he proposes to recommend disclosure. Often there are many third parties (in one previous case there were 126,000 of them) and the direct notice and consultation requirement is simply impractical. Faced with those situations, departments are tempted to take the path of least resistance. They simply refuse to disclose the information and pass the dissatisfied requester over to the Information Commissioner, along with all the notice and consultation headaches.

The Standing Committee made several recommendations to improve the situation. **One would allow other forms of notice--public notice or advertisement--whenever substituted notice is likely to be effective, practical and less costly than direct notice. That recommendation is eminently sensible and should be part of the federal legislation.**

## Section 21: Advice and recommendations

The advice and recommendations exemption, together with the exclusion of Cabinet confidences, ranks as the most controversial clause in the *Access to Information Act*. From early debate to this day, critics have attacked its broad language which can be made to cover--and remove from access--wide swaths of government information. The Standing Committee voiced its opinion that the exemption "has the greatest potential for routine misuse". The government seemed to agree, taking pains in its policy guidance to admonish caution and to build in the injury test omitted from the legislation.

The question then: How best to reform section 21? The Standing Committee recommended that it contain an injury test that would acknowledge the need for candour in the decision-making process--a measure consistent with the Treasury Board's Secretariat's policy. The committee went on to advocate another clarification. The exemption would only apply to policy advice and minutes at the political level of decision-making, not factual information used in the routine decision-making process. Finally, the committee recommended reducing time limitation in the current exemption from 20 to 10 years. It seems an appropriate period of time to protect material used in a decision-making process. **The Committee's recommendations here are more than a good start. Yet reform needs to go further. An amended section should emulate the laws of Ontario and British Columbia. Each has a long list of types of information not covered by the exemption--factual material, public opinion polls, statistical surveys, economic forecasts, environmental impact statements and reports of internal task forces.**

**There should also be an attempt to define the term "advice" in the sensible, balanced way currently set out in the Treasury Board policy manual.**

**The exemption should be clearly limited to communications to and from public servants, ministerial staff and ministers. As well, the provision should be made subject to a public interest override. In sum, these changes will better define what information can be protected to preserve government's need to conduct some deliberations in private.**

**Finally, paragraph 21(1)(d) should be amended. As it now stands, this exemption allows public servants to refuse to disclose plans devised but never approved. As the British Columbia legislation now allows, rejected plans should be as open to public scrutiny as plans which are brought into effect.**

## Section 23: Solicitor-client privilege

It has become obvious during the last 10 years that the application and interpretation of section 23 by the government (read: Justice Department) is unsatisfactory. Most legal opinions, however stale, general or uncontroversial, are jealously kept secret. **In the spirit of openness, the government's vast storehouse of legal opinions on every conceivable subject should be made available to interested members of the public.**

**Tax dollars are paid for these opinions and, unless an injury to the conduct of government affairs could reasonably be said to result from disclosure, legal opinions should be disclosed.** These opinions are to lawyers what advance tax rulings are to accountants and should be equally accessible.

One final matter on section 23. The Act is unequivocal that section 23 is subject to section 25: any information in a record which does not qualify for solicitor-client privilege must be released. Section 25 is the so-called "severance" requirement. The courts, too, have decided that section 23 is subject to the severance requirement. Nevertheless, the Justice Department continues to advise institutions not to apply severance to a record containing solicitor-client material. Justice clings to the view that, if any portion of a record is disclosed from a record containing privileged material, the privileged portions may somehow be stripped of their privilege.

**For this reason, section 23 should be amended to spell out that the application of severance to a record under the authority of section 25 does not result in loss of privilege on other portions of the record.**

These clarifications along with the earlier recommendation that this exemption be made subject to an injury test and a public interest override will bring one of the most carefully guarded bastions of reflexive secrecy into line with the principles of open government.

## Section 26: Information to be published

The thinking behind the need for this exemption is sound. If the government plans to publish a record within a reasonable period of time, it may refuse access in the meantime without thwarting the principle of openness. That being said, the provision, in practice, has been used to delay access unduly. The abuse should be addressed.

**First, the period of grace now stipulated in the section--90 days--is unnecessarily long. Sixty days is ample time given modern printing methods; the Act should be amended to reduce the grace period.**

Second, the provision has been relied upon as a device to buy extra time. An institution may receive a request for a record, deny the request on the basis of

section 26 and, when that period expires, change its mind about publication and simply apply exemptions to the record. **Section 26 should be amended to prevent such abuse by stipulating that if the record is not published within the 90 days (or 60 days as recommended) it must be released forthwith in its entirety with no portions being exempted.**

Third, the provision did not contemplate publication by posting on a website. **It is appropriate that the provision be expanded to cover any form of publication, including electronic.**

## Witness Protection

Subsection 36(3) of the Act encourages witnesses to be cooperative and candid with the Commissioner by providing that the evidence they give may not be used against them except in limited circumstances, including in respect of a prosecution of an offence under the Act. As a result of the addition of section 67.1 to the Act in 1999, a new offence was created (improper records alteration or destruction).

Subsection 36(3) does not prevent the use of witness evidence against a witness in a prosecution for an offence under section 67.1. This poses fairness problems as well as practical problems for the Commissioner in securing witness cooperation and candour. The Commissioner is not in the business of conducting criminal investigations and witnesses should not fear any self-incrimination with respect to any offence, save perjury and obstruction, when they give their evidence.

**Consequently, it is recommended that subsection 36(3) be amended to specify that evidence given to the Commissioner by a witness is inadmissible against the witness in a prosecution of an offence under section 67.1.**

## Section 68

Section 68 excludes from the Act "published material or material available for purchase by the public." Situations have arisen where information is available for purchase at prohibitively high price or published in a format which is inaccessible to some individuals. Yet, despite the effective barriers to access posed by the price and format, it was not possible for the information seekers to assert a right of access under the Act.

These circumstances are rare, but may arise more frequently when government begins making exclusive use of Internet websites to "publish" information, while many citizens many not have access to the net.

**The Act should solve this weakness in section 68 by providing that any records which are available for purchase at a "reasonable price" and which are published in "reasonable formats" are excluded from the Act. In cases of dispute over the meaning of those terms, a complaint would be available to the Information Commissioner.**

# Appendix B

## A: Requester Profile

- ❑ Individual
- ❑ Media
- ❑ MP/Senator
- ❑ Researcher
- ❑ Org (Public Int.)
- ❑ Commercial
- ❑ Other (specify)

## B: Content Profile

Request categorized by content categories relating to departmental business lines and request patterns.

- Policy
- Adm/Pers/Fin
- Contracts
- Grants/Contributions
- Regulatory filings
- Operational

## C: Processing Times Profile (30 days)

*i) Processing Stages and Standards:*

- ❑ Intake
- ❑ Tasking/Review – Search – OPI
- ❑ Communication
- ❑ Review – Decision – ATIP
- ❑ Approval -OPI
  -DM
  -MO
- ❑ Final processing

*ii) Total # of requests*

❑ Days elapsed at each stage

❑ Actual # of search and preparation hours

❑ Total days elapsed

❑ # in deemed refusal

❑ Duration of deemed refusal

❑ # extended and duration of extension

## D: Extensions Profile

9(1)(a)
- Volume (pages)
- OPI's

9(1)(b)
- Other institution
- Other gov't -Foreign
  -Domestic
- Individual
- Section 69
- Other – specifics

9(1)(c)
- 20 days (Reps – Third Party)
- 30 days (from date of receipt of Notice)

## E: Disclosure/Application of Exemptions

| *Mandatory:* | | *Discretionary:* | |
|---|---|---|---|
| 13(1)(a), etc. | Number | 21(1)(a), etc. | Number |

% of requested info disclosed

❑ 100

❑ 75

❑ 50

❑ 25

❑ 0

- Pages disclosed in total
- Pages partial
- Pages withheld in total

## F: Costs and Fee Profile

*i) Policy*

- collection
- waiver
- refund

❑ A -Number of requests seeking fee waiver

❑ B -Source

❑ C -Amount of fees waived (re: A)

❑ Amount of fees assessed
-Photocopy
-Preparation/Search
-Programming

❑ Deposit sought

❑ Deposit paid

❑ Fees refunded

*ii) Total fees collected*
-photocopy
-secret and preparation
-programming

❑ Total fees waived

❑ Total salary costs (ATIP)

❑ Total O&M costs (ATIP)

❑ Total operational costs (based on search hours)

❑ Other auditable criteria

## G: Communication with Requestor Profile

❑ Clarification (Section 6) and requester response
(elapsed days from receipt)

❑ Fee estimate and requester response
(elapsed days from receipt)

❑ Other (elapsed days from receipt)
Purpose

## H: Form of Response Profile

- ❑ Response by copies
- ❑ Response by viewing
- ❑ Requestor abandon

## I: Transfer Profile

| | |
|---|---|
| Number | Within 15 days |
| Number | Refused (Institution) |

Commissaire à l'information du Canada
Information Commissioner of Canada

# Réponse au rapport du groupe d'étude de l'accès à l'information

## Rapport spécial au Parlement

# Réponse au rapport du groupe d'étude de l'accès à l'information

Rapport spécial au Parlement

de

L'honorable John M. Reid, c.p.
Commissaire à l'information du Canada

Septembre 2002

« La connaissance et la compréhension du passé sont indispensables à une société qui entend façonner son avenir. La transparence d'un gouvernement témoigne d'une vraie démocratie. » [Traduction]

Extrait de la préface d'Anthony Summers au livre *Secrecy Wars* (2001) de Philip H. Melanson

Le Commissaire à l'information du Canada
112, rue Kent, 22ième étage
Ottawa ON K1A 1H3

(613) 995-2410
1-800-267-0441 (sans frais)
Télécopieur (613) 947-7294
Appareil de télécommunications pour sourds (613) 992-9190
general@infocom.gc.ca
www.infocom.gc.ca

©Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada 2002

No. de cat. IP4-1/2002
ISBN 0-662-66765-4

"Le Commissaire à l'information peut, à toute époque de l'année, présenter au Parlement un rapport spécial sur toute question relevant de ses pouvoirs et fonctions et dont l'urgence ou l'importance sont telles, selon lui, qu'il serait contre-indiqué d'en différer le compte rendu jusqu'à l'époque du rapport annuel suivant."

Paragraphe 39(1)
*Loi sur l'accès à l'information*

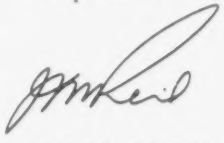
Septembre 2002

L'honorable Peter Milliken
Président
Chambre des communes
Ottawa ON K1A 0A6

Monsieur,

J'ai l'honneur de soumettre mon rapport spécial au Parlement, intitulé: "Réponse au rapport du Groupe d'étude de l'accès à l'information".

Veuillez agréer l'expression de mes sentiments respectueux.



L'honorable John M. Reid, c.p.

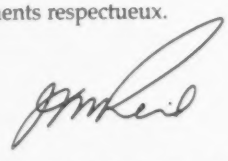
Septembre 2002

L'honorable Daniel Hays
Président
Sénat
Ottawa ON K1A 0A4

Monsieur,

J'ai l'honneur de soumettre mon rapport spécial au Parlement, intitulé:
"Réponse au rapport du Groupe d'étude de l'accès à l'information".

Veuillez agréer l'expression de mes sentiments respectueux.



L'honorable John M. Reid, c.p

# Table des Matières

Page

Introduction ..... 9

La modification de l'équilibre en faveur du secret ..... 12

L'extension du champ d'application de la Loi ..... 15

L'assouplissement des dispositions concernant les documents confidentiels du Cabinet ..... 17

a) Une surveillance moins rigoureuse ..... 17

b) Une plus grande confidentialité pour les options politiques ..... 18

c) L'obligation de faire appliquer l'exemption concernant les documents confidentiels du Cabinet ..... 19

Obligations additionnelles des demandeurs ..... 21

Changement du rôle et des pouvoirs du Commissaire ..... 26

Changements non législatifs : le fondement de l'accès à l'information ... 30

a) Gestion de l'information ..... 31

b) Statistiques d'efficacité ..... 32

c) Instauration d'une culture de la transparence ..... 34

Prochaines étapes ..... 36

Annexe A – Extrait du Rapport annuel 2000-2001 ..... 37

Annexe B – Modèle statistique de rendement ..... 79

# Introduction

L'ancienne ministre de la Justice du Canada, Anne McLellan, a fait son premier commentaire public sur la nécessité de réformer et de renforcer la *Loi sur l'accès à l'information*, lors d'une réunion de revue des activités dans le cadre du congrès du Parti libéral le 18 mars 2000. Quelques jours plus tard, l'actuel Commissaire lui écrivait pour la féliciter de cette initiative et l'exhorter à réaliser l'examen en recourant à un processus public plutôt qu'à un examen interne effectué par des bureaucrates.

Le 21 août 2000, l'ancienne ministre et la présidente du Conseil du Trésor, Lucienne Robillard, ont annoncé que l'examen aurait lieu. Hélas, elles ont aussi indiqué que le gouvernement avait décidé de poursuivre ses « efforts en vue d'améliorer l'accès des Canadiens et des Canadiennes aux renseignements détenus par le gouvernement », au moyen d'un examen interne mené par un groupe de travail composé de bureaucrates. Ce groupe comptait sept avocats du ministère de la Justice (y compris la présidente, Andrée Delagrave); six agents, soit deux du Secrétariat du Conseil du Trésor, deux des Archives nationales, un du Bureau du Conseil privé et un du ministère des Finances, ainsi qu'un avocat du gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador en affectation.

Le Groupe d'étude a été assisté par un comité consultatif de 14 bureaucrates du niveau de sous-ministre adjoint.

Le Groupe d'étude a réalisé ses travaux d'août 2000 à mai 2001. Même si, dès le début, il envisageait la création d'un comité consultatif externe pour faire contrepoids à tous les experts internes, il s'est avéré difficile d'intéresser des candidats qui pouvaient ensuite être acceptés par le BCP.

Ce n'est pas avant le 9 mai 2001 qu'a été mis en place le Comité consultatif externe, composé de neuf personnes. Trois d'entre elles étaient d'anciens sous-ministres fédéraux--dont le président du Comité consultatif externe, Roger Tassé, C.R., ancien sous-ministre de la Justice. Les autres membres provenaient de divers milieux : universités, secteur privé et médias. Seulement deux personnes pouvaient être considérées comme des utilisateurs réguliers de la Loi d'accès. Ce comité consultatif externe n'avait pas accès au Groupe d'étude à la même fréquence que le Comité consultatif interne, ni à une information aussi complète de sa part. Il ne s'est pas vu demander d'approuver les recommandations du Groupe d'étude et ne l'a pas fait.

En plus de ces deux comités consultatifs, le Groupe d'étude rencontrait régulièrement un groupe de quelque 25 coordonnateurs de l'accès à l'information. Les points de vue et les recommandations de ces derniers ont semblé avoir la plus grande influence sur les résultats du Groupe d'étude. C'est dans les rapports anecdotiques sur la « mauvaise conduite » des demandeurs d'accès à l'information qu'ont été puisées la plupart des recommandations anti-utilisateurs et pro-gouvernement formulées dans le rapport du Groupe d'étude. Les statistiques sur le comportement responsable des utilisateurs ont été en grande partie ignorées.

À aucun moment, le Groupe d'étude n'a cherché à créer des comités consultatifs d'utilisateurs (particuliers ou entreprises) de députés, de membres des médias ou de responsables de la réglementation (bureau du Commissaire à l'information, juges de la Cour fédérale). En ce qui concerne ce dernier point, un ancien sous-commissaire à l'information a été nommé initialement au Groupe d'étude, mais l'a quitté quelques mois après le début des travaux du Groupe d'étude.

Ce préambule n'a nullement pour objectif de dénigrer qui que ce soit du Groupe d'étude ou des comités consultatifs. Il vise simplement à montrer à quel point le processus était orienté vers la perspective des experts du gouvernement. En effet, les Canadiens pouvaient présenter des soumissions écrites--bien qu'il n'y ait pas eu d'invitation médiatisée à cet égard. De plus, le Forum des politiques publiques a tenu des séances très générales avec des groupes de discussion afin d'obtenir les commentaires du « public » sur la nécessité d'une réforme de la *Loi sur l'accès à l'information*. D'un autre côté, des réunions approfondies ont eu lieu avec les personnes suivantes :

- les coordonnateurs de l'accès à l'information de plus de 60 institutions;
- les coordonnateurs de l'accès à l'information des ministères qui avaient reçu une « fiche de rendement » du Commissaire à l'information;
- les membres du comité consultatif supérieur des coordonnateurs;
- les chefs de 13 groupes de communications ministérielles;
- 14 représentants ministériels dans les domaines de la sécurité, de la défense et de l'application de la loi;
- des représentants gouvernementaux dans le cadre de quatre séances de consultation dirigées par le Forum des politiques publiques.

L'étendue de l'influence des spécialistes internes de la fonction publique n'est même pas entièrement documentée dans le Rapport du Groupe d'étude et les documents connexes. Le Commissariat sait qu'au moins deux soumissions écrites d'anciens fonctionnaires, qui ont influé sur le Rapport du Groupe d'étude, demeurent secrètes. Le fait de connaître l'identité des auteurs aiderait sûrement le public à évaluer pourquoi le Groupe d'étude a adopté un certain nombre de leurs suggestions visant à réduire les pouvoirs d'enquête du Commissaire à l'information.

Quel que soit l'angle sous lequel nous le regardons, le « processus » d'examen du Groupe d'étude a été complètement inadéquat pour ce qui est de déterminer comment renforcer le droit d'accès. Par conséquent, il est très ironique que le Groupe d'étude ait intitulé son rapport : « Comment mieux servir les Canadiens ». Compte tenu du processus et de l'évaluation de son contenu (comme nous le verrons plus loin), le titre « Comment alléger le travail des fonctionnaires » conviendrait peut-être mieux à cet ensemble de propositions de réforme.

Encore une fois, nous sommes appelés à constater, avec ce rapport du Groupe d'étude, que les bureaucrates aiment le secret--ce n'est pas nouveau; ils se

donneront un mal fou pour empêcher le public et même des collègues d'avoir accès à des secrets. Les bureaucrates ne se rendent pas compte encore des progrès profonds accomplis par notre démocratie depuis l'adoption, en 1983, de la *Loi sur l'accès à l'information*. Ils continuent d'être irrités par le transfert intentionnel de pouvoirs des fonctionnaires vers les citoyens, prescrit pourtant par le Parlement. Les bureaucrates rêvent d'une « réforme » où ils regagneraient le pouvoir perdu en matière de renseignements.

Trop souvent, il faut sortir de la bureaucratie fédérale pour trouver des gens qui croient fermement qu'une démocratie en santé ne peut exister sans un solide droit d'accès aux documents détenus par le gouvernement. Députés, journalistes, universitaires, historiens, entrepreneurs, tous demandent un droit d'accès élargi, une transparence accrue, un service plus rapide et plus facile à obtenir. De nombreux autres attributs de la démocratie--une presse libre, des élections libres, la responsabilité ministérielle, la protection des renseignements personnels--découlent de ce droit essentiel.

Tous les Canadiens tiennent à leur « droit » d'obtenir les faits sur n'importe quel sujet, ainsi que de connaître la vérité lorsque les gouvernements sont soupçonnés de récompenser des amis, de punir des ennemis, de faire passer leurs intérêts avant ceux du public ou tout simplement d'utiliser le secret de façon paternaliste. Tous les examens de la *Loi sur l'accès à l'information* réalisés au cours des 20 dernières années par des spécialistes externes ont abouti à la même conclusion : il faut réduire la portée des exemptions, élargir le champ d'application de la Loi pour inclure de nouveaux documents et institutions, accroître l'efficacité du système, réduire les droits demandés qui constituent un obstacle, renforcer les pouvoirs de surveillance et exiger que le gouvernement rende davantage compte de ses obligations aux termes de la Loi. Les recommandations du Groupe d'étude sont loin d'être à la hauteur de ces attentes.

Le présent Rapport spécial vise à ce que la réponse du Commissaire au Rapport du Groupe d'étude serve au Parlement, au gouvernement et au public. Il est axé essentiellement sur l'évaluation des changements législatifs proposés par le Groupe d'étude. À l'annexe A de ce rapport figurent les propositions du Commissaire pour renforcer la *Loi sur l'accès à l'information*. Celles-ci sont tirées de son Rapport annuel 2000-2001 (chap. III, p. 49 à 91).

# La modification de l'équilibre en faveur du secret

Le préjugé favorable au gouvernement transparaît immédiatement dans l'évaluation du Groupe d'étude concernant la nécessité de modifier les dispositions sur les exemptions et les exclusions de la Loi. Le Groupe d'étude formule quatre recommandations pour réduire le niveau de secret actuel et 15 recommandations pour l'accroître. Les quatre propositions relatives à une transparence accrue sont les suivantes :

i) Remplacer l'exclusion des documents confidentiels du Cabinet par une exemption obligatoire et réduire la période de protection de 20 ans à 15 ans;

ii) Ramener la période de protection pour les avis et les recommandations de 20 ans à 15 ans;

iii) Limiter la période de protection à cinq ans pour les plans rejetés (ou non adoptés) concernant la gestion de personnel ou l'administration;

iv) Élargir la clause de primauté de l'intérêt public au sujet des renseignements de tiers afin d'inclure l'intérêt public dans la protection des consommateurs.

Les 15 propositions visant à accroître le secret sont les suivantes :

i) Exclure les notes des fonctionnaires;

ii) Exempter les avis ou les recommandations préparés par les entrepreneurs;

iii) Exclure les notes, analyses ou projets de décision préparés par les membres de tribunaux quasi judiciaires;

iv) Exclure les notes, analyses ou projets de décision préparés par des personnes occupant un poste judiciaire ou quasi judiciaire dans le contexte du système de justice militaire;

v) Exclure les documents saisis par le gouvernement dans le cadre d'une enquête criminelle;

vi) Exclure les documents obtenus par le gouvernement au cours des examens et interrogatoires préalables dans un litige civil et qui font l'objet d'un engagement implicite d'en assurer la confidentialité;

vii) Exempter les documents fournis de manière confidentielle par des subdivisions politiques d'États étrangers et d'autres autorités étrangères avec lesquels le Canada a des relations internationales et/ou commerciales;

viii) Exempter l'information fournie par des entreprises privées au sujet de la vulnérabilité des infrastructures;

ix) Exempter tout renseignement dont la divulgation porterait atteinte à la dignité humaine;

x) Exempter les ébauches de rapport de vérification interne et les documents afférents;

xi) Exempter l'information dont la divulgation pourrait être préjudiciable ou nuire aux sites patrimoniaux culturels ou naturels, aux sites qui ont une valeur anthropologique ou patrimoniale ou aux sites sacrés des peuples autochtones;

xii) Que le Cabinet ait la discrétion de transformer des dispositions de confidentialité d'autres lois en exemptions obligatoires. À l'heure actuelle, seul le Parlement peut le faire;

xiii) Si de nouvelles institutions s'ajoutaient à la Loi et qu'elles avaient des besoins spéciaux en matière de protection de renseignements non visés par les exemptions actuelles, ces renseignements devraient être exclus du champ d'application de la Loi;

xiv) Si la Chambre des communes, le Sénat et la Bibliothèque du Parlement devaient être visés par la Loi (selon la recommandation), il devrait y avoir une « exception » pour l'information protégée par l'immunité parlementaire;

xv) Il ne serait plus possible de divulguer les options politiques présentées au Cabinet une fois que les décisions connexes ont été rendues publiques; elles seraient protégées par le secret obligatoire pendant 15 ans.

Le déséquilibre en faveur du secret dans le domaine des exemptions et des exclusions est stupéfiant. Même parmi les quatre propositions réclamant plus de transparence, nous nous apercevons avec surprise qu'il est aussi question d'une plus grande protection, comme nous le verrons plus loin dans l'analyse des documents confidentiels du Cabinet. Et les trois autres recommandations relatives à plus de transparence sont timides, ayant peu de conséquences et ne répondant pas du tout aux attentes. Le Groupe d'étude rejette, presque sans hésiter, les appels passés (l'examen parlementaire de 1986, le projet de loi Bryden, le Commissaire à l'information) de recourir aux exemptions plutôt qu'aux exclusions lorsque le secret est justifiable, et de faire en sorte qu'un plus grand nombre d'exemptions soient discrétionnaires et assujetties au critère de préjudice ainsi qu'à la clause de primauté de l'intérêt public.

Le plus troublant, ce sont les recommandations catégoriques en faveur d'un secret accru. La principale préoccupation est la proposition du Groupe d'étude d'exclure du droit d'accès les notes préparées par les fonctionnaires dans le cadre de leurs fonctions, si les notes ne sont « pas distribuées ni placées dans un dossier officiel ».

Comme il a été indiqué dans des rapports annuels antérieurs des commissaires à l'information, une bonne partie des directives données, des mesures prises, des préoccupations exprimées, des options envisagées, des dates de réunion et des noms de personnes présentes sont consignées dans les carnets et les systèmes de dossiers « personnels » des fonctionnaires. Ces notes sont rarement communiquées à d'autres personnes et rarement incluses dans les dossiers

ministériels. Pourtant, elles représentent actuellement l'une des principales sources d'information en ce qui concerne les activités des fonctionnaires et, du même coup, leurs responsabilités.

Si elle est adoptée, cette recommandation constituerait la plus grande menace au droit d'accès depuis l'exclusion des documents confidentiels du Cabinet. En fait, selon cette proposition, les notes des fonctionnaires seraient davantage protégées que les secrets du Cabinet--la période de protection durerait éternellement. Presque aussi troublante est la recommandation (dont il est question en xii, ci-dessus) que ce soit le Cabinet, plutôt que le Parlement, qui puisse déroger à la *Loi sur l'accès à l'information*. Cette recommandation, également, va à l'encontre de toutes les évaluations indépendantes réalisées au cours des 20 dernières années.

Suit de près, dans le palmarès des menaces au droit d'accès, la proposition d'inclure les rapports établis par des entrepreneurs dans l'exemption concernant les « avis » (article 21). Cette proposition fait fi d'un élément structurel fondamental de notre régime politique : les fonctionnaires ont, envers la Couronne, une obligation de loyauté que les entrepreneurs n'ont pas. Lorsqu'un ministre décide que des personnes autres que des fonctionnaires devraient s'occuper d'une question, celle-ci sort des limites de la relation fonctionnaire-ministre, que le Parlement voulait protéger au moyen de l'exemption prévue à l'article 21. La proposition d'étendre le voile du secret aux entrepreneurs mettrait fin à l'obligation du gouvernement de rendre des comptes concernant l'argent dépensé pour les services de ces derniers.

En effet, ou bien les nouvelles exemptions et exclusions proposées sont inutiles (parce que les mesures de protection en vigueur sont suffisantes), ou bien aucune preuve de leur nécessité n'a été présentée.

Pourquoi, faut-il se demander, le Groupe d'étude a-t-il choisi de réclamer autant de nouvelles exclusions plutôt que des exemptions? Le Parlement voulait que la Loi s'applique à tous les documents détenus par le gouvernement (à l'exception de ce qui était déjà publié et des documents confidentiels du Cabinet) et a donné à cette Loi la primauté par rapport à toutes les autres lois fédérales. Il a ainsi montré sa volonté que cette Loi soit un code complet régissant le droit d'accès du public. Pourquoi le Groupe d'étude recommande-t-il que l'on s'écarte aussi radicalement de l'intention initiale du Parlement? Si l'on peut faire ressortir de nouveaux motifs de secret, pourquoi ne pas créer les exemptions voulues? Pourquoi choisir d'exclure les documents entièrement de la portée de la Loi?

Il n'y a qu'une seule explication possible : cette approche vise à limiter les pouvoirs qu'ont le Commissaire à l'information et la Cour fédérale de mener des révisions indépendantes des décisions d'invoquer des exclusions. N'oublions pas que dans les litiges instruits par les tribunaux, le gouvernement soutient que le Commissaire et les tribunaux n'ont pas la compétence pour revoir les décisions prises par le gouvernement de garder secrets des documents qui sont exclus du droit d'accès. Toute expansion du secret non susceptible d'examen n'est certes pas du tout conforme à l'objet déclaré de la Loi et de la « réforme » de la Loi.

# L'extension du champ d'application de la Loi

Une autre caractéristique de l'élargissement de la zone de secret par le Groupe d'étude est son approche timide et conservatrice à l'égard de la question du champ d'application de la Loi. Le Groupe d'étude recommande que le droit d'accès soit étendu à certains éléments du pouvoir législatif du gouvernement, soit la Chambre des communes, le Sénat, la Bibliothèque du Parlement et les agents du Parlement (Vérificateur général, Commissaire aux langues officielles, Commissaire à la protection de la vie privée, Commissaire à l'information). Par contre, il déconseille expressément d'assujettir au droit d'accès les institutions suivantes : le Directeur général des élections, la Cour suprême du Canada, la Cour fédérale du Canada, la Cour canadienne de l'impôt, le Conseil canadien de la magistrature et le Commissaire à la magistrature fédérale.

Ces recommandations sont en grande partie justifiées (sauf pour le Directeur général des élections). Puisque le pouvoir judiciaire joue un rôle tellement important dans l'application du droit d'accès, si ces organismes étaient aussi assujettis à la Loi, cela pourrait compromettre la neutralité des juges relativement aux questions d'accès. Ceci dit, le Groupe d'étude encourage à juste titre le corps judiciaire à adopter des pratiques qui contribuent à sa transparence.

Cependant, le Groupe d'étude s'abstient de faire toute autre recommandation concernant l'ajout (ou le non-ajout) d'organismes donnés à la liste de ceux qui entrent dans le champ d'application de la Loi. Il recommande plutôt que celui-ci soit étendu à d'autres institutions (sociétés d'État, entreprises privées exerçant des fonctions publiques, nouveaux mécanismes de prestation de services fédéraux) si :

1. le gouvernement nomme la majorité des membres de l'entité qui dirige l'organisation;

2. le gouvernement fournit tout le financement de l'organisation par le truchement de crédits;

3. le gouvernement possède un intérêt majoritaire dans l'organisation;

4. l'organisation exerce des fonctions dans un domaine relevant de la compétence fédérale en ce qui concerne la santé et la sécurité, l'environnement ou la sécurité économique.

Le Groupe d'étude recommande la conduite d'un examen ponctuel plus complet pour déterminer si ces principes s'appliquent à certains organismes, si la Loi devrait s'appliquer entièrement ou partiellement et combien de temps il faut à un organisme pour se préparer afin de devenir assujetti au droit d'accès.

Cette proposition est bien loin d'être à la hauteur de nos attentes et de nos besoins. En 1986, le Comité de la justice avait recommandé que les sociétés d'État soient toutes assujetties à la Loi. Seize ans plus tard, après avoir de

nouveau étudié la question pendant deux ans, on conclut qu'il faut effectuer d'autres études!

Cela ne suffit pas. Le moment est venu de se jeter à l'eau, d'obliger à véritablement rendre des comptes toutes nos institutions publiques et les entreprises privées qui remplissent des fonctions publiques.

Cependant, l'élément le plus décevant de cette partie du rapport du Groupe d'étude est que, si les recommandations de ce dernier sont suivies, la décision d'assujettir ou de ne pas assujettir des institutions à la Loi reviendra au Cabinet. Même si les critères régissant de telles décisions étaient inclus dans la Loi, le Cabinet ne pourrait être légalement tenu de faire entrer des organismes remplissant les conditions requises dans le champ d'application de la Loi. En revanche, les organismes ajoutés à la liste de ceux tombant sous le coup de la Loi pourraient mettre en question le respect, par le Cabinet, des critères prévus par cette Loi. Voilà qui serait le meilleur moyen de maintenir les anomalies, la discrimination et le favoritisme dans les décisions concernant l'inclusion ou l'exclusion d'institutions dans le champ d'application de la Loi. Cette approche va à contre-courant de celle d'autres gouvernements.

Les règles régissant le champ d'application de la Loi ont besoin d'être claires, énoncées dans la législation et applicables par les tribunaux. Sans cela, toutes les belles paroles du Groupe d'étude au sujet de l'extension du champ d'application de la Loi sonnent faux.

# L'assouplissement des dispositions concernant les documents confidentiels du Cabinet

Le Groupe d'étude recommande qu'on assouplisse les dispositions concernant les documents confidentiels du Cabinet de trois façons :

i) en remplaçant l'exclusion par une exemption, ce qui permettrait un examen indépendant;

ii) en définissant ce qu'est un document confidentiel du Cabinet plutôt qu'en énumérant des types précis de documents. Les renseignements confidentiels du Cabinet seraient définis comme de l'information qui révélerait la teneur de questions soumises au Cabinet et des délibérations entre les ministres;

iii) en ramenant de 20 ans à 15 ans la période de protection.

## a) Une surveillance moins rigoureuse

Cependant, le Groupe d'étude propose que cette nouvelle exemption bénéficie d'un traitement tout particulier en ce qui concerne l'examen des décisions. Il propose que le processus de révision ne compte qu'une étape et soit confié à la Cour fédérale. En vertu de cette proposition, une personne à qui l'on aurait refusé l'accès à des documents à cause de la nouvelle exemption concernant les renseignements du Cabinet n'aurait pas le droit de déposer une plainte auprès du Commissaire à l'information. Aucune « enquête » ne serait menée par le Commissaire ni par la Cour fédérale; au lieu de cela, il y aurait un examen par voie d'étude du dossier qui serait mené par la Cour fédérale et fondé sur la preuve par affidavit que le gouvernement choisirait de présenter. À la cour, aucun plaideur en faveur de la divulgation des documents n'aurait vu ceux-ci-seules la cour et la Couronne auraient ce privilège en vertu de la proposition du Groupe d'étude.

De plus, cet examen ne serait probablement pas effectué à titre gratuit, contrairement aux enquêtes du Commissaire, et il ne serait pas possible au Commissaire à l'information d'instituer une action au nom du plaignant. Le Commissaire ne pourrait être en mesure de faire une telle offre que s'il avait d'abord enquêté sur la plainte et l'avait trouvée fondée.

Peut-être que l'instance révisionnelle permettrait au Commissaire à l'information d'entrer en jeu à titre d'intervenant désintéressé, afin que la défense des vues opposées puissent être fondée sur une pleine connaissance des documents en question. Si cela devait se produire--ce qui représente une probabilité raisonnable étant donné le désir du tribunal d'entendre ce que le Commissaire a à dire dans les affaires concernant l'accès à l'information--cela soulève la question suivante : pourquoi éliminer le rôle d'enquêteur du Commissaire? Aucune autre administration dotée d'un commissaire à l'information ne fonctionne de cette

façon. Est-ce là tout simplement un désir de soustraire le greffier du Conseil privé et les ministres aux rigueurs du processus d'enquête?

Dans la pratique, l'élimination du rôle d'enquêteur du Commissaire à l'information pour les documents confidentiels du Cabinet créerait des pressions énormes sur les ressources judiciaires. À l'heure actuelle, plus de 99 p. 100 des plaintes portant sur le recours aux dispositions concernant l'exclusion des renseignements confidentiels du Cabinet sont réglées en dehors des tribunaux. En fait, au cours des 19 dernières années, seulement une action a été intentée devant les tribunaux contre le gouvernement, relativement à l'utilisation de ces dispositions. Pourtant, durant cette même période, ces dispositions ont été invoquées des milliers de fois et des solutions satisfaisantes ont été trouvées après enquête par le Commissaire. Il ne semblerait tout simplement pas justifié d'éliminer cette première étape du processus d'examen et d'envoyer ces milliers de dossiers à la Cour.

Toutes les autres administrations où il y a un commissaire à l'information indépendant donnent à celui-ci le pouvoir d'enquêter sur le recours, par le gouvernement, aux dispositions concernant l'exclusion relative aux renseignements confidentiels du Cabinet. Aucune autre ne considère le rôle du commissaire comme incompatible avec le rôle spécial que le Cabinet joue au sein d'un régime politique parlementaire. En fait, récemment, dans l'affaire *Babcock* (2002 CSC 57), la Cour suprême du Canada a indiqué clairement que le greffier du Conseil privé et les ministres ne devraient pas être soustraits aux rigueurs du processus d'enquête à l'égard des dispositions concernant les documents confidentiels du Cabinet. La Cour a bien pris soin de souligner qu'il est bon que les dispositions concernant les renseignements confidentiels du Cabinet soient examinées minutieusement, par les tribunaux ordinaires, certes, mais également par des organismes spécialisés, tels que le Commissariat à l'information.

## b) Une plus grande confidentialité pour les options politiques

La proposition visant à limiter le droit d'examiner l'utilisation des exemptions pour les documents confidentiels du Cabinet n'est pas le seul élément inquiétant des recommandations du Groupe d'étude dans ce domaine. Le rapport renferme une recommandation voulant que l'exemption obligatoire proposée pour les documents confidentiels du Cabinet s'applique à plus de renseignements que ceux visés par l'exclusion discrétionnaire en vigueur.

En vertu de la Loi en vigueur, certains renseignements présentés au Cabinet pour la prise de décisions cessent d'être des renseignements confidentiels du Cabinet protégés lorsque la décision du Cabinet liée à cette information a été rendue publique ou, si la décision n'est pas rendue publique, quatre ans après la date où cette décision a été prise. De tels renseignements sont indiqués à l'alinéa 69(1)b) de la Loi : « documents de travail destinés à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques [...] ».

Cependant, le Groupe d'étude propose ce qui suit :

> « Ce ne sont pas tous les documents préparés à l'intention des ministres qui méritent une protection aussi poussée que les délibérations du Cabinet. Les **renseignements de contexte, les données factuelles, ainsi que les analyses des enjeux** soumises aux ministres devraient pouvoir être divulgués sous réserve, bien entendu, des autres exemptions prévues dans la Loi. » p. 48 (Le soulignement est de nous)

Les répercussions de cette nouvelle formulation deviennent plus claires à la lecture des termes utilisés par le Groupe d'étude pour formuler ses recommandations 4 et 5, à la page 49 de son rapport :

« Le Groupe d'étude recommande :

- qu'on définisse un format précis pour les documents du Cabinet qui permettrait d'en prélever facilement les données et les analyses de contexte en les isolant de tout renseignement **tel que les options à examiner** et les recommandations qui pourrait révéler les délibérations du Cabinet ». (Le soulignement est de nous)

Le Groupe d'étude semble avoir été persuadé que le public ne devrait pas avoir le droit de prendre connaissance des options stratégiques présentées au Cabinet pour la prise de décision avant que 15 ans se soient écoulés. Il n'explique pas pourquoi il propose d'élargir ainsi les dispositions concernant les documents confidentiels du Cabinet. Il ne motive pas non plus sa recommandation voulant que les « renseignements de contexte » liés à une décision du Cabinet non rendue publique demeurent secrets pendant cinq ans au lieu de la période de protection de quatre ans.

## c) L'obligation de faire appliquer l'exemption concernant les documents confidentiels du Cabinet

Enfin, on ne peut mettre fin à l'examen des propositions concernant les documents confidentiels du Cabinet sans traiter de celle voulant que la nouvelle exemption soit obligatoire et qu'il n'y ait pas de mécanisme permettant une renonciation du droit au secret. Cette proposition suppose un accroissement important de l'étendue du secret du Cabinet. À l'heure actuelle, l'application des dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la preuve au Canada* concernant les documents confidentiels du Cabinet est une question d'appréciation laissée aux ministres et au greffier du Conseil privé. De plus, ainsi que la Cour suprême du Canada l'a indiqué clairement dans l'affaire *Babcock*, le pouvoir discrétionnaire doit être exercé pour des motifs judicieux liés à l'intérêt public.

Donc, dans l'état actuel de la Loi, les ministres et le greffier du Conseil privé ne sont pas obligés de garder secrets les documents confidentiels du Cabinet mais, s'ils choisissent de le faire, cela doit être pour des motifs judicieux; sinon, les tribunaux leur ordonneront de divulguer les renseignements en question.

Enfin, dans l'état actuel de la Loi, une décision, même légitime et judicieuse, du gouvernement d'appliquer les dispositions concernant les documents confidentiels du Cabinet peut (à cause de sa nature discrétionnaire) autoriser les cours et les tribunaux à tirer des conclusions défavorables au gouvernement.

Un changement à la loi (et l'on remarquera que, pour cette question, le Groupe d'étude recommande la modification de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la preuve au Canada*) pour rendre obligatoire l'application des dispositions concernant les documents confidentiels du Cabinet ferait disparaître l'important mécanisme qui existe pour protéger les Canadiens contre les abus par le gouvernement du droit au secret pour les documents confidentiels du Cabinet.

La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Babcock*, qui a récemment été rendue publique, risque d'être infirmée en faveur du gouvernement si les recommandations du Groupe d'étude sont acceptées.

# Obligations additionnelles des demandeurs

La meilleure illustration du parti pris du Groupe d'étude en faveur de l'État est le train de mesures qui vise directement les personnes qui ont recours à la *Loi sur l'accès à l'information*.

Pour bien saisir l'effet punitif inutile des mesures recommandées par le Groupe d'étude, il convient de revenir sur quelques-unes des statistiques citées par celui-ci au début de son rapport.

1. La population canadienne manifeste beaucoup de retenue dans le recours à la *Loi sur l'accès à l'information*. Vingt ans après l'entrée en vigueur de la Loi, on est loin des 50 000 demandes par année que l'on avait prévues à l'origine. En fait, l'administration fédérale ne reçoit même pas la moitié de ce nombre de demandes par année.

2. La population canadienne fait des demandes ciblées visant un petit nombre de documents. Dans 80 p. 100 des cas, le demandeur reçoit moins de 100 pages de documents. Un p. 100 des demandes seulement nécessitent la production de plus de 1 000 pages.

3. Quatre-vingt-dix p. 100 des demandeurs font moins de sept demandes par année, et seulement 35 p. 100 des demandeurs font plus d'une demande par année.

4. Moins de 10 p. 100 des demandes donnent lieu à des plaintes au Commissaire à l'information.

5. Il en coûte au total 28 845 000 $ par année pour respecter les droits et les obligations garantis par la Loi, ce qui comprend les enquêtes du Commissaire à l'information à l'égard des plaintes. Cette somme correspond à moins d'un dollar par habitant, et le coût moyen de traitement d'une demande est en baisse.

Cependant, face à la réalité dépeinte par ces statistiques, le Groupe d'étude a choisi de retenir (sans la reproduire dans son rapport) l'information anecdotique de coordonnateurs de l'accès à l'information voulant qu'un certain nombre de personnes utilisent la Loi de manière frivole, vexatoire et abusive. Il a aussi choisi de retenir (toujours sans la reproduire dans son rapport) l'information anecdotique concernant les demandes trop vagues ayant imposé des contraintes excessives à tel ou tel ministère.

Ainsi, sur la foi de ces quelques histoires édifiantes non corroborées (qui, de l'aveu même du Groupe d'étude, représentent une infime partie de la réalité), et malgré la modération et la retenue manifestées par les demandeurs, le Groupe d'étude propose que l'accès à l'information devienne plus ardu, plus dispendieux et plus lent pour les demandeurs et davantage assujetti au contrôle de l'État. Bref, on propose un canon pour tuer une mouche, et voici comment :

i) À l'heure actuelle, les demandes de communication doivent être assez claires pour qu'un employé d'expérience puisse, moyennant un effort raisonnable, trouver le document visé. Or, le Groupe de travail propose de modifier la Loi pour que les demandeurs soient tenus de préciser le sujet ou le document visés.

ii) La Loi serait modifiée pour autoriser les institutions fédérales à refuser, avec l'accord du Commissaire à l'information, de traiter une demande frivole, vexatoire ou abusive.

iii) La Loi serait modifiée pour qu'on puisse proroger le délai de traitement d'une demande sans avoir à invoquer la quantité importante de documents à fournir. Ainsi, le délai pourrait être prorogé même pour les demandes visant un nombre limité de documents.

iv) La Loi serait modifiée pour autoriser l'État à regrouper les demandes venant d'un même demandeur ou de demandeurs associés, ce qui lui permettrait de hausser les droits et de prolonger les délais.

v) Les règlements seraient modifiés pour doubler les droits exigibles, qui passeraient de cinq à dix dollars, et pour augmenter les frais de recherche et de préparation en fonction de l'indice des prix à la consommation depuis 1983.

vi) La Loi serait modifiée pour permettre à l'État de classer les demandeurs en trois catégories : public en général, entreprises et gros demandeurs. Un barème des tarifs différent s'appliquerait à chaque catégorie. Ainsi :

1. *Public en général*

   - Droits : 10 $ (somme qui couvrirait cinq heures de recherche et de préparation et au plus 100 pages de photocopie).
   - Temps de recherche et de préparation supplémentaire : le taux serait augmenté par voie de règlement (s'établit actuellement à 10 $ l'heure).
   - Frais additionnels de photocopie : le taux serait augmenté par voie de règlement (s'établit actuellement à 20 ¢ la page).

2. *Entreprises*

   - Droits : 10 $.
   - Tout le temps de recherche et de préparation : le taux serait augmenté par voie de règlement (s'établit actuellement à 10 $ l'heure).
   - Tout le temps d'examen de la demande : le taux serait fixé par voie de modification législative (aucun à l'heure actuelle).
   - Toutes les photocopies : le taux serait augmenté par voie de règlement (s'établit actuellement à 20 ¢ la page).

3. *Gros demandeurs (coûts totals dépassant 10 000 $)*

   - Droits : 10 $.
   - Tous les coûts directement imputables au traitement de la demande.

L'on comprendra que les demandeurs d'accès, collectivement, sentent qu'on les traite injustement; que des histoires édifiantes non corroborées circulant dans l'administration fédérale ont donné lieu à des recommandations pénalisant un groupe d'utilisateurs faisant preuve, comme le montrent les statistiques, de retenue et de modération.

Il peut être justifié d'inclure dans la Loi des mesures de protection contre les abus. Même si les demandeurs, depuis 20 ans, sont raisonnables, rien n'interdit la prévoyance. À cette fin, la proposition visant à autoriser les institutions, avec l'accord du Commissaire à l'information, de refuser de traiter une demande ou une série de demandes jugées « abusives » pourrait se justifier, pourvu que l'expression « abusive » soit définie clairement et soit très rarement utilisée. Il est cependant inutile d'aller plus loin en multipliant les hausses des droits, en limitant la portée des demandes, en facturant aux entreprises le temps passé à déterminer si des exemptions s'appliquent aux documents visés et en rendant pratiquement inaccessible le droit de demander la communication d'un grand nombre de documents.

À cet égard, rappelons que certains sujets, souvent des questions d'actualité qui suscitent l'intérêt du public (l'exemple de 1,2 million de pages donné par le Groupe d'étude, concernant le différend commercial avec les Etats-Unis au sujet du bois d'œuvre), génèrent des nombres considérables de documents. Pourquoi empêcher le public de se renseigner sur des questions au sujet desquelles le gouvernement détient de grandes quantités de documents? N'oublions pas que le demandeur qui veut obtenir 1,2 million de pages du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international ne les aura pas gratuitement, même selon le régime actuel. À 20 ¢ la page, les frais de photocopie s'élèvent à eux seuls à 240 000 $. Et des frais de recherche et de préparation, au taux de 10 $ l'heure par employé, peuvent être imposés. Il ne s'agit pas d'une demande « abusive », et aucune raison stratégique ne devrait empêcher les demandes de ce genre. En fait, au moment d'écrire ces lignes, le gouvernement fédéral avait présenté un recours judiciaire pour empêcher un comité de l'ALENA de bloquer la communication de ces documents.

Bref, la structure tarifaire en vigueur fait déjà en sorte que les demandeurs aient des raisons sérieuses, et non pas frivoles, de présenter des demandes de communication. Qui plus est, le Groupe de travail lui-même convient qu'un régime d'accès à l'information ne devrait pas reposer sur le principe du recouvrement des coûts. À cet égard, il indique : « Les droits payables ne sont pas conçus comme mécanisme de recouvrement des coûts et ne devraient jamais être un obstacle à une demande légitime. » (p. 4)

En revanche, les demandeurs chercheront en vain la contrepartie dans le rapport. Où sont les recommandations visant à encourager un comportement responsable chez les fonctionnaires en ce qui concerne la Loi? Le Groupe de travail ne fait

aucune recommandation d'incitatifs ou de sanctions pour remédier au problème chronique de non-respect des délais de traitement qui afflige l'application de la Loi depuis son entrée en vigueur. Aucun incitatif ni aucune sanction ne sont recommandés pour dissuader les fonctionnaires de gonfler les devis, de proroger les délais sans motif valable, de faire fi des délais prévus ou de recourir aux exemptions de façon inconsidérée. La nouvelle responsabilité la plus lourde que le Groupe d'étude voudrait imposer aux fonctionnaires serait l'obligation juridique d'aider les demandeurs, si ceux-ci le demandent! Qu'un groupe de travail fasse sans rire une telle proposition dépasse l'entendement et marque à quel point est révolue, dans la fonction publique, l'époque où l'on considérait que servir le public, sans que celui-ci ait à le demander, constituait un élément essentiel du rôle des « serviteurs » de l'État!

Bien sûr, le rapport contient des recommandations favorables aux demandeurs. Ce sont :

1. Que le droit d'accès à l'information soit élargi à toute personne, où qu'elle soit.

2. Que les demandeurs puissent demander l'information dans le média de leur choix (pourvu que le média en question existe).

3. Que les coordonnateurs soient encouragés à communiquer l'information au demandeur à mesure que celle-ci est traitée, sans attendre l'échéance ou que tous les documents aient été traités.

4. Que, en vertu d'une ligne directrice, les demandeurs reçoivent, si un délai ne peut pas être respecté, un avis indiquant les raisons du retard, le nouveau délai et leur droit de porter plainte auprès du Commissaire à l'information (avec copie au Commissaire à l'information).

5. Qu'on définisse dans une ligne de conduite une politique des critères pour l'exonération des droits.

6. Que soient offerts aux demandeurs des modes de livraison accélérés des documents demandés, moyennant des frais supplémentaires.

7. Que la Loi exige des institutions qu'elles déploient des efforts raisonnables pour aider les demandeurs, si ceux-ci le demandent.

8. Que la Loi exige des institutions qu'elles avisent les demandeurs avant de rejeter une demande de communication, de regrouper des demandes ou d'imputer à une demande le recouvrement de tous les coûts. Cet avis permettrait au demandeur de reformuler sa demande de manière à éviter un résultat négatif.

9. Que la Loi confère aux demandeurs le droit de faire réviser par la Cour fédérale les droits exigibles.

10. Que les demandeurs conservent le droit de porter plainte sans frais au Commissaire à l'information.

11. Que le Secrétariat du Conseil du Trésor rende INFO SOURCE plus convivial.

12. Que les institutions affichent sur leurs sites Web des sommaires des documents communiqués et en placent des copies papier dans les salles de lecture.

13. Que le Conseil du Trésor incite les institutions à traiter par voie électronique les demandes de communication.

14. Que toutes les institutions soient invitées à communiquer systématiquement et spontanément l'information intéressant le public.

Ces recommandations favorables aux demandeurs sont en fait conditionnelles, incomplètes et contraintes. L'élargissement proposé du droit d'accès à l'information au monde entier serait pratiquement sans effet puisque les gens de l'extérieur du Canada présentent déjà des demandes par l'entremise d'agents au Canada. Le droit d'obtenir l'information dans le média de son choix ne devrait pas être limité, tel qu'il est proposé, aux cas où le média en question existe déjà. Comme c'est déjà le cas pour les demandes de traduction et de création d'un document à partir d'une base de données électroniques, on devrait accepter les demandes visant de l'information dans des médias de substitution si elles sont « raisonnables ».

Les demandeurs se demanderont sûrement pourquoi se limiter à « inciter » les coordonnateurs à répondre promptement aux demandes? L'envoi de l'information au fur et à mesure qu'elle est disponible devrait être obligatoire, en particulier lorsque la demande est en retard. Comment le Groupe d'étude peut-il justifier sa recommandation faisant de la notification d'un demandeur que le délai ne pourra pas être respecté une simple ligne de conduite, au lieu d'une obligation exécutoire? Comment le Groupe d'étude peut-il justifier sa recommandation d'inscrire les critères d'exonération des frais dans une ligne de conduite au lieu d'une loi? Il est inconcevable que les obligations des fonctionnaires ne soient que des lignes de conduite tandis que celles des demandeurs d'accès ont force de loi!

Nous trouvons plus troublante encore, de par sa nature limitée, la recommandation du Groupe de travail voulant conférer aux demandeurs le droit de contester devant la Cour fédérale les questions liées aux droits exigibles. Bien sûr que les demandeurs devraient avoir ce droit, mais ils devraient avoir aussi le droit de contester, d'abord auprès du Commissaire à l'information et puis auprès des tribunaux, toute décision prise en vertu de la Loi qui se traduit par un refus de communiquer l'information (comme une prorogation déraisonnable du délai ou l'incapacité de communiquer l'information dans la langue officielle ou dans le média voulus).

# Changement du rôle et des pouvoirs du Commissaire

Les propositions du Groupe d'étude concernant le Commissariat à l'information trahissent, elles aussi, son parti pris pour l'État.

Le Groupe d'étude ne recommande que quatre modifications à la Loi pour aider le Commissaire à faire respecter la *Loi sur l'accès à l'information*. En fait, il ne propose rien de plus que l'inscription dans la Loi des activités que mène déjà le Commissaire et ce, dans les limites budgétaires que lui fixe le gouvernement. Les quatre recommandations prévoient donc :

1. Que le rôle de sensibilisation du public du Commissaire soit reconnu dans la Loi;

2. Que le rôle consultatif du Commissaire, en ce qui concerne les répercussions des initiatives gouvernementales proposées sur le droit d'accès, et en ce qui concerne les pratiques idéales à adopter à l'échelle gouvernementale, soit inscrit dans la Loi;

3. Que le rôle du Commissaire dans la conduite d'enquêtes sur des aspects donnés du régime d'accès à l'information (examens ou vérifications) soit reconnu dans la Loi;

4. Que le rôle du Commissaire quand il s'agit de tenter de régler des plaintes (« rôle de médiateur ») avant la conduite de procédures à caractère officiel et à valeur probante soit inscrit dans la Loi.

La dernière des quatre recommandations ci-dessus nous laisse perplexes. Si l'on cherche simplement à traduire le fait que, par définition, la médiation fait partie des fonctions d'une organisation de type « ombudsman », elle est alors sans conséquence. Si, toutefois, elle vise à suggérer que le Commissaire devrait délaisser son rôle d'enquêteur (permettant de s'assurer du respect des droits des demandeurs) pour un rôle de négociateur, lequel aurait mission de rapprocher les parties, elle est alors très contestable. Le rapport de forces entre les institutions et les demandeurs est beaucoup trop inégal (les demandeurs ignorant totalement en quoi consiste l'information dont la communication est refusée) pour qu'une « médiation » dans le sens traditionnel du terme ait la moindre vraisemblance.

La soi-disant médiation, telle qu'elle est pratiquée par les commissaires à l'information d'autres administrations publiques, constitue en fait un soutien en matière de communication. En effet, dès le début de l'enquête à l'égard d'une plainte, l'on s'assure que le demandeur a bien défini ses besoins en information et que ceux-ci ont été bien compris par le ministère ou l'organisme visé. Puis, l'on cherche des moyens de rechange de satisfaire aux besoins du demandeur. Au cours du processus, des plaintes peuvent être retirées, résolues, modifiées ou maintenues. C'est également ainsi que l'on conçoit la « médiation » à l'échelon fédéral.

Cependant, dans toutes les administrations publiques, les plaignants peuvent compter sur le Commissaire à l'information pour mener une enquête visant à déterminer si le refus de communication total ou partiel est conforme aux dispositions législatives en vigueur. Dans l'administration fédérale, le Commissaire à l'information peut refuser les règlements proposés s'ils constituent un usage abusif et illégal du secret par les institutions.

Si, par « médiation », le Groupe d'étude propose que le Commissaire se guide, non pas sur les obligations de l'État prévues par la Loi, mais sur les concessions que le demandeur est disposé à faire, alors cette idée est extrêmement troublante. On oublie ici que les institutions fédérales sont bien placées pour intimider les demandeurs-qui peuvent être des fonctionnaires fédéraux, des demandeurs de subventions, des entrepreneurs cherchant à décrocher des contrats fédéraux, des représentants d'entreprises réglementées ou d'autres personnes dans une situation de vulnérabilité face aux pressions de l'État.

À l'opposé de ces quatre recommandations qui, quoiqu'inutiles, viennent confirmer le rôle du Commissaire, le Groupe d'étude en fait huit autres qui modifieraient profondément le rôle et les pouvoirs du Commissaire. Ce sont :

1. Que le Commissaire soit tenu de terminer ses enquêtes dans les 90 jours, avec toutefois le pouvoir de prolonger le délai si nécessaire, après en avoir informé le plaignant, l'institution et les tiers, s'il y a lieu.

2. Que le Commissaire soit investi du pouvoir discrétionnaire de mener des enquêtes publiques.

3. Que la Loi prévoie le droit des témoins à recourir aux services d'avocats.

4. Qu'il soit interdit au Commissaire d'obliger quiconque à produire une communication émanant d'un conseiller juridique ou destinée à celui-ci concernant les droits et les obligations d'un client en vertu de la Loi ou d'éventuelles poursuites intentées en vertu de la Loi.

5. Qu'il soit interdit au Commissaire de faire exécuter ses ordonnances en poursuivant une personne citée pour outrage.

6. Que les preuves fournies au Commissaire par un témoin ne soient plus admissibles contre celui-ci dans une poursuite intentée en vertu de l'article 67.1 de la Loi (destruction de documents).

7. Que le Commissaire (et ses collaborateurs) ne puissent plus faire fonction de témoins compétents ou contraignables dans l'instruction d'une infraction en vertu de l'article 67.1 de la Loi (destruction de documents).

8. Que l'article 32 de la Loi soit modifié pour que le Commissaire soit tenu d'aviser de son intention de faire enquête le responsable de l'institution visée et toute personne qu'il estime concernée.

Bien qu'il ne soit pas certain que le Groupe d'étude préconise la modification à la Loi à cet égard, celui-ci recommande : i) que les citations ne servent que dans les enquêtes relatives à des plaintes données et non pas relatives à des problèmes propres au régime d'accès à l'information; ii) que ne soient cités à comparaître que les fonctionnaires qui ont une connaissance réelle du dossier ».

Mises ensemble, ces recommandations visent à confier au Commissaire, dans ses enquêtes, un rôle conforme au modèle adversatif de résolution des différends dominé par les avocats, qui est conçu pour les tribunaux ordinaires et les tribunaux quasi judiciaires aptes à rendre des décisions exécutoires. Même la proposition consistant à tenir des audiences publiques aurait cet effet de « judiciarisation ». Or, ce modèle ne convient pas à un organisme d'enquête qui doit examiner des éléments d'information apparemment secrets et qui n'a que le pouvoir d'en recommander la divulgation.

La réduction du délai à 90 jours (conjuguée au contrôle des ressources), aurait pour effet de rigidifier les enquêtes. La production des documents, des témoignages, des preuves et des arguments serait, dans une large mesure, régie par des règles, des ordonnances et des interventions d'avocat.

Cette réforme a probablement été applaudie par les quelques hauts fonctionnaires de l'administration fédérale qui refusent de collaborer volontairement aux enquêtes du Commissaire. Ils ne veulent ni comparaître, ni répondre à ses questions. Par conséquent, ils ont eu à subir la contrainte appliquée par le Commissaire, qui, compte tenu de ses pouvoirs d'enquêtes, peut les obliger à comparaître et à répondre à ses questions. Ce sont ces gens-là qui veulent que des avocats fassent obstacle entre eux et le Commissaire, qui veulent que les échanges entre client et avocat soit emmurés dans le secret, qui veulent que l'on circonscrive le pouvoir d'assignation du Commissaire, qui veulent empêcher le Commissaire de poursuivre les personnes citées pour outrage en raison de leur refus de respecter ses ordonnances.

Ainsi, le Groupe d'étude s'est fié à des renards pour organiser la sécurité du poulailler! L'illustration la plus flagrante de cette orientation est la recommandation voulant qu'on enlève au Commissaire le pouvoir de faire appliquer ses ordonnances. On ne trouvera cette recommandation ni dans les documents de référence consultés par le Groupe d'étude, ni dans les comptes rendus des consultations qu'il a effectuées. Car en fait, cette recommandation vient d'un mémoire présenté secrètement par un ancien sous-ministre qui a déjà été cité à comparaître pour outrage au Commissaire. (Les détails de cette affaire se trouvent dans le Rapport annuel du Commissaire à l'information 2001-2002, aux pages 23 à 25.)

Le mépris de cet homme pour ses obligations de rendre compte, et pour l'indépendance du Commissaire à titre d'enquêteur, le discrédite entièrement dans les circonstances. Ses idées sur la réforme de la *Loi sur l'accès à l'information* ne présentent aucun intérêt. Pourtant, le Groupe d'étude a décidé de lui prêter une oreille attentive, a accepté de tenir son mémoire secret et a adopté sa recommandation visant à réduire le pouvoir du Commissaire. À l'inverse, le Groupe d'étude ne mentionne aucunement les raisons détaillées pour lesquelles

la Cour fédérale est d'avis que le pouvoir du Commissaire d'imposer une sanction en cas d'outrage est approprié et constitutionnel. Le Groupe d'étude n'a même pas porté attention à ce jugement.

Les pouvoirs importants dont dispose actuellement le Commissaire à l'information sont essentiels pour qu'il puisse réaliser des enquêtes indépendantes rigoureuses et ainsi aider l'administration fédérale à s'acquitter de ses obligations en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. Du reste, le Commissaire peut être rappelé à l'ordre en tout temps par la Cour fédérale s'il se trompe dans l'exercice de ses pouvoirs.

# Changements non législatifs : le fondement de l'accès à l'information

Le Groupe d'étude a conclu que, pour être effectif, le droit d'accès à l'information doit reposer sur les trois éléments ci-dessous, qui ne sont pas de nature juridique.

a) L'information détenue par l'administration fédérale doit être gérée sainement. À ce propos, le Groupe d'étude indique :« Il y a un besoin urgent de leadership et de mesures pour l'ensemble du gouvernement dans ce domaine. » (p. 5)

b) Il faut disposer d'une base de données complète sur l'efficacité des ministères et des organismes à s'acquitter de leurs obligations d'accès à l'information. À cet égard, le Groupe d'étude signale que « [...] les données rassemblées par la plupart des institutions fédérales ne donnent pas une image complète de la réalité, ni même une image utile. Elles n'aident pas beaucoup non plus à relever ce qui fonctionne bien et les mesures à prendre pour améliorer la mise en œuvre de la Loi. » (p. 161)

c) On doit instaurer une solide culture de l'accès à l'information dans la fonction publique et dans le monde politique. Le Groupe d'étude écrit à ce sujet : « Comparé à des valeurs de longue date de la fonction publique, telles que la poursuite de l'intérêt public, la neutralité, la loyauté au gouvernement et le respect de la responsabilité ministérielle, l'accès est une valeur relativement nouvelle qui n'a pas encore été pleinement intégrée aux valeurs plus anciennes. » (p. 166)

Il est intéressant de constater que le Groupe d'étude ne voit pas l'intérêt de mesures législatives pour donner suite aux trois suggestions ci-dessus. Il préfère demander aux fonctionnaires de mettre de l'ordre dans leurs affaires, à leur manière et selon l'échéancier qui leur convient. La philosophie du Groupe d'étude est décrite dans ces mots :

> « Aucune autre législation n'est aussi étroitement liée au travail de chacun des quelque 200 000 fonctionnaires du gouvernement canadien qui créent, recueillent, évaluent, approuvent, organisent, entreposent, classent, repèrent, récupèrent, revoient et divulguent les documents du gouvernement. Il est, de façon importante et durable, impossible d'améliorer le régime d'accès à l'information sans leur compréhension, leur collaboration et leur soutien. La Loi et les mesures coercitives ont leurs limites. Elles sont utiles lorsqu'il s'agit de définir des droits ou de dissuader les contraventions à la Loi. Elles sont nettement moins efficaces lorsqu'il s'agit d'obtenir un engagement actif de la part des fonctionnaires, c'est-à-dire les encourager à agir au jour le jour d'une façon qui favorise l'atteinte des objectifs de la Loi. » (p. 165)

Par conséquent, comme le Groupe d'étude ne veut pas imposer aux fonctionnaires des obligations juridiques forçant un changement d'attitude de

leur part, ses trois bonnes suggestions ne resteraient vraisemblablement que des suggestions. Le Groupe d'étude ne veut pas se rendre à l'évidence et pourtant, 20 ans après l'adoption de la Loi, la fonction publique n'a toujours pas mis de l'ordre dans ses documents, n'a pas changé d'attitude et ne conserve pas les statistiques nécessaires. Et puisque les principaux responsables eux-mêmes admettent que les fondements du droit d'accès à l'information sont chancelants, il est essentiel que le Parlement accélère l'adoption de la culture nécessaire en établissant des obligations juridiques limitées.

## a) Gestion de l'information

> « On convient aussi généralement que la gestion de l'information au gouvernement fédéral, et dans toutes les administrations publiques que nous avons étudiées, est en crise. » (Rapport du Groupe d'étude, p. 149)

Le plan du Groupe d'étude pour résoudre la crise de la gestion de l'information consiste à élaborer, à l'échelle de l'administration fédérale, une stratégie comprenant politiques, normes, pratiques, systèmes et ressources humaines axés sur la gestion de l'information. Cette stratégie viserait notamment à donner un cadre de gestion de l'information aux trois entités qui gèrent de l'information concernant l'ensemble de l'administration publique, à savoir le Secrétariat du Conseil du Trésor, les Archives nationales et la Bibliothèque nationale, et viserait aussi à coordonner leurs efforts en la matière. Le Groupe d'étude décrit bien la marche à suivre pour arriver à établir ce cadre, mais ne précise pas qui en serait le maître d'œuvre.

Il est insensé d'exclure tout recours aux mesures législatives pour faire avancer la refonte si nécessaire de la gestion de l'information. Lorsque le Parlement a adopté la *Loi sur l'accès à l'information*, il a pris la peine de formuler l'obligation suivante à l'intention du « ministre désigné », qui est le président du Conseil du Trésor :

> « le ministre désigné est responsable du contrôle des modalités de tenue et de gestion des documents relevant des institutions fédérales dans le but d'en assurer la conformité avec la présente loi et ses règlements. » (alinéa 70(1)(a) de la *Loi sur l'accès à l'information*).

Cette obligation légale de contrôler la gestion des documents devrait être renforcée en exigeant du président du Conseil du Trésor qu'il établisse un cadre obligatoire de gestion de l'information pour l'ensemble de l'administration fédérale, cadre qui serait composé de directives, de politiques, de normes, de pratiques et de systèmes et qui serait accompagné des ressources nécessaires pour que les organismes et les ministères le mettent en œuvre.

Bien entendu, il devrait y avoir une collaboration constructive entre les Archives nationales, la Bibliothèque nationale et le Secrétariat du Conseil du Trésor en vue d'élaborer le cadre de gestion de l'information et de contrôler sa mise en œuvre. En fait, la collaboration devrait aussi se faire avec le Commissaire à l'information, le Commissaire à la protection de la vie privée et le Bureau du vérificateur général qui, pour s'acquitter du mandat qui leur est confié directement par le Parlement, doivent pouvoir compter sur une gestion

efficace de l'information dans l'administration fédérale. Mais en fin de compte, il devrait y avoir un responsable principal et ministre chargé de rendre des comptes devant le Parlement, à savoir le président du Conseil du Trésor.

Un rapport annuel est le mécanisme tout indiqué par lequel le président du Conseil du Trésor devrait rendre des comptes au Parlement relativement aux responsabilités qui lui sont confiées en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. Actuellement, la Loi exige que chaque ministère ou organisme, y compris le Commissaire à l'information, remette un rapport annuel au Parlement sur sa conformité à la Loi. Or, le ministère désigné devrait avoir la même obligation. Évidemment, un tel rapport porterait non seulement sur la gestion de l'information, mais aussi sur d'autres sujets (dont il sera question plus loin).

La dernière section que le Groupe d'étude consacre à la crise de la gestion de l'information, dans son rapport, porte sur ce qu'il estime être un devoir des fonctionnaires :

> « [Les fonctionnaires ont le devoir] de créer et de gérer des documents portant sur les décisions d'orientation et sur les activités opérationnelles, d'attribuer une classification aux documents pour fins de sécurité et de classement, ainsi que d'en disposer de façon correcte lorsqu'ils ne sont plus utiles dans les activités courantes, y compris le transfert des documents historiques importants aux Archives nationales. » (p. 155)

Malheureusement, les fonctionnaires ne s'acquittent pas comme ils le devraient de ce devoir. L'un des facteurs les plus inquiétants de la crise est la propagation rapide (souvent à l'instigation des dirigeants) de la pratique qui consiste à ne pas produire de documents, de manière à soustraire les activités des fonctionnaires au regard du public. Tout comme la pratique également de plus en plus populaire (et que le Groupe d'étude voudrait instituer) qui consiste à conserver des notes personnelles sur les affaires de l'État, notes qui ne sont pas incluses dans les dossiers du ministère ou de l'organisme.

Le Groupe d'étude a également manqué de clairvoyance sur ce plan en balayant du revers de la main toute nouvelle obligation légale. Or, si on veut faire des progrès à cet égard, les fonctionnaires doivent tous être tenus par la loi de :

1) consigner leurs activités (décisions, interventions, échanges, facteurs pris en considération);

2) veiller à ce que les documents produits soient bien inclus dans les dossiers officiels du ministère ou de l'organisme.

## b) Statistiques d'efficacité

Le Groupe d'étude est clairement d'avis qu'il faut recueillir et diffuser de meilleures données sur le fonctionnement du système d'accès à l'information. Voici ce qu'il en dit dans son rapport :

> « L'amélioration des données et des rapports présente plusieurs avantages. Elle permettrait d'obtenir les données requises pour améliorer le rendement

des institutions et du système en général. Elle fournirait aux parlementaires le genre d'information dont ils ont besoin pour jouer un rôle actif dans la surveillance du régime d'accès à l'information. Elle permettrait aux ministères qui s'acquittent bien de leurs responsabilités d'être fiers de leur rendement. Elle fournirait aux Canadiens une image réaliste et dynamique du rendement du régime d'accès à l'information. Finalement, elle serait utile à la recherche dans ce domaine à l'avenir. » (p. 163)

En conséquence, puisque le Groupe d'étude est d'avis que la production de statistiques pertinentes est l'une des garanties de maintien d'un bon régime d'accès à l'information, il recommande que le Conseil du Trésor établisse en consultation avec le Commissaire à l'information « plusieurs indicateurs permettant de mesurer le rendement » [indices d'efficacité]. De plus, il recommande que les ministères et les organismes adoptent leurs propres indices d'efficacité pour être en mesure de déterminer s'ils s'acquittent bien de leurs responsabilités en vertu de la Loi.

Concernant les rapports annuels que les ministères et les organismes doivent présenter au Parlement, le Groupe d'étude recommande qu'ils soient plus étoffés pour les raisons suivantes :

- afin de traiter de stratégies de diffusion de l'information par d'autres moyens que l'accès en vertu de la Loi;
- afin de traiter des mesures entreprises pour améliorer le régime d'accès à l'information;
- afin de traiter des questions soulevées au cours de l'année qui ont eu une incidence importante sur le programme d'accès à l'information dans l'institution;
- afin de traiter des projets d'amélioration visant à répondre aux lacunes ou aux tendances relevées. » (p. 163)

Le Groupe d'étude recommande aussi que le rapport annuel consolidé du Secrétariat du Conseil du Trésor « offre une perspective beaucoup plus large quant au fonctionnement du régime dans l'ensemble du gouvernement et comprenne une analyse des tendances pour les questions clés. » (p. 163)

Néanmoins, ces bonnes recommandations sont insuffisantes. Le gouvernement sait bien que, depuis l'entrée en vigueur de la Loi, la collecte de données et la production de rapports sur l'efficacité du système d'accès à l'information sont déficientes dans l'administration fédérale. Année après année, les commissaires à l'information ont conseillé vivement au président du Conseil du Trésor, dans leurs rapports, de remédier à cette déficience. Mais le président du Conseil du Trésor a toujours ignoré ces suggestions, même si la loi lui confère le pouvoir de déterminer quelle information doit être comprise dans les rapports annuels des ministères et des organismes.

Rien ne nous porte à croire que le ministre désigné changera brusquement son fusil d'épaule. En revanche, il lui serait aisé de suivre les recommandations du Groupe d'étude, puisque celles-ci ne prévoient même pas la collecte de statistiques sur l'efficacité du système d'accès à l'information. Le Groupe

d'étude recommande une approche consistant à brosser un tableau embelli de la situation, alors qu'il nous faut un compte rendu réaliste.

Ainsi, dans ce domaine également, il est urgent d'avoir recours à des mesures législatives pour instaurer une nouvelle orientation. Premièrement, tel qu'indiqué précédemment, les obligations du ministre désigné (qui sont définies à l'article 70 de la Loi) devraient être étendues de manière à inclure la présentation d'un rapport annuel au Parlement. Deuxièmement, les rapports annuels devraient comprendre un tableau statistique permettant de jauger la conformité avec la *Loi sur l'accès à l'information* dans l'ensemble de l'administration fédérale.

On trouvera à l'annexe B les données qui, selon le Commissaire à l'information, devraient être recueillies par les ministères et les organismes, incluses dans leurs rapports annuels, puis fusionnées et incluses dans le rapport annuel du Secrétariat du Conseil du Trésor.

## c) Instauration d'une culture de la transparence

À de rares exceptions près, les fonctionnaires se conduisent tel que la loi, les dirigeants politiques et les cadres supérieurs leur indiquent. Pour changer la culture de la fonction publique, les attentes à l'égard des fonctionnaires doivent changer, et il serait étonnant qu'un tel changement vienne de la base.

Le Groupe d'étude a parfaitement raison de croire qu'un nouveau message devrait être transmis à la fonction publique à propos de l'importance du droit d'accès à l'information pour maintenir une saine démocratie, et que ce message devrait venir d'en haut. Il a aussi raison de dire qu'il faut veiller à ce que le message passe bien, ce qui implique de la formation continue pour les fonctionnaires à propos de l'accès à l'information et de son importance.

L'une des recommandations les plus importantes du Groupe d'étude est celle qui veut que le gouvernement lance une grande campagne sur la transparence dans l'administration fédérale, campagne qui viserait à « renforcer la connaissance de l'accès, l'appréciation de ses principes et la fierté de fournir l'information aux Canadiens ». (p. 173) L'ère sans précédent de renouvellement des effectifs dans laquelle entre actuellement l'administration fédérale, qui voit beaucoup de sang neuf injecté parmi ses gestionnaires et ses employés, est le moment idéal pour insuffler la nouvelle culture de la transparence et se débarrasser de la vieille culture du secret.

En dépit des nombreuses critiques contenues dans les pages du présent rapport à propos des modifications législatives préconisées par le Groupe d'étude, le Commissaire est tout à fait favorable à la proposition du Groupe d'étude visant à instaurer une culture de la transparence dans la fonction publique. Le rapport du Groupe d'étude est d'ailleurs très éloquent à cet égard :

> « Créer chez les fonctionnaires fédéraux un sentiment de fierté quant à l'ouverture et à la transparence et en faire un solide élément de leur identité

pourrait bien, en fin de compte, être la mesure d'amélioration la plus importante du régime d'accès à l'information. » (p. 173)

Dans ce domaine également, il serait utile de pouvoir s'appuyer sur la loi. Le Parlement devrait exiger du ministre désigné qu'il mette en œuvre un programme de sensibilisation du public et des fonctionnaires aux droits et aux obligations contenus dans la *Loi sur l'accès à l'information*. De plus, on devrait confier au président du Conseil du Trésor le mandat de fournir de la formation spécialisée sur l'accès à l'information aux professionnels chargés de ce domaine, aux gestionnaires, aux sous-ministres, au personnel exonéré et aux ministres.

En outre, pour que la culture de la transparence soit vraiment intégrée aux pratiques des fonctionnaires, le programme d'accès à l'information devrait être mieux séparé de l'échelon politique. À cet égard, le rôle des coordonnateurs de l'accès à l'information doit être défini dans la loi et doit avoir un caractère plus professionnel. Des recommandations précises à ce sujet se trouvent aux pages 59 à 61 de l'annexe A.

# Prochaines Étapes

Le président du Conseil du Trésor a reçu le rapport du Groupe d'étude, et c'est à lui de décider d'adopter ou non les changements administratifs recommandés. À l'exception des hausses de frais, ces changements sont positifs et devraient être appliqués.

Le ministre de la Justice doit décider comment traiter les modifications législatives proposées. Ces propositions sont très controversées et ne reflètent pas la gamme entière des perspectives en cause. Par conséquent, le Commissaire conseille vivement au ministre de ne pas préparer de nouvelle loi s'inspirant des recommandations du Groupe d'étude. Le droit d'accès à l'information est, par définition, susceptible de ne pas toujours plaire au gouvernement. La législation qui garantit ce droit ne doit pas être modifiée sans que le Parlement et le public puissent orienter les modifications dans une large mesure, ce qui n'est plus vraiment possible une fois qu'un projet de loi a été déposé par le gouvernement. Espérons que le ministre de la Justice et le gouvernement seront pour un examen public des propositions du Groupe d'étude par un comité parlementaire, avant d'intégrer ces propositions à un projet de loi.

# Annexe A

## PLAN DIRECTEUR POUR LA RÉFORME

Nous avons une bonne loi, une très bonne loi même. Il est cependant plus que temps de remédier à ses cinq grandes faiblesses et d'apporter les nombreuses « mises au point » qui s'imposent pour adapter la Loi aux nouvelles formes de gestion des affaires publiques et aux nouvelles technologies. De l'aveu général, personne ne gagne à qualifier tels ou tels changements comme étant plus importants que tels autres. En bout de ligne, c'est le train de réforme dans son ensemble qui sera jugé. La Partie A du présent chapitre énonce en détail les cinq changements à la Loi que le Commissaire considère comme essentiels pour remédier à ses principales faiblesses. Ce sont :

1. transformer l'exclusion relative aux documents confidentiels du Cabinet (aujourd'hui l'article 69) en une exception davantage ciblée et assujettie à un examen indépendant;

2. colmater les brèches dans la couverture de la Loi en i) énonçant une description du type d'institutions qui devraient être assujetties à la Loi et obligeant toutes ces institutions à figurer dans l'annexe des institutions auxquelles la Loi s'applique; (ii) précisant le statut des documents conservés dans les bureaux des responsables d'institutions;

3. mettre fin au « secret rampant » en abolissant l'article 24, lequel oblige le responsable d'une institution fédérale à refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d'une disposition figurant à l'annexe II;

4. inclure des encouragements à respecter les délais de traitement et des sanctions pour le non-respect de ceux-ci;

5. prévoir pour les coordonnateurs de l'accès à l'information un mandat inscrit dans une loi.

La Partie B du présent chapitre (pages 62 à 78) fait état des recommandations du Commissaire quant aux changements qui sont moins pressants mais tout aussi nécessaires en vue de la modernisation de la Loi.

## PARTIE A – RÉFORMES DE GRANDE ENVERGURE

### i) Réforme des documents confidentiels du Cabinet

Les documents décrits à l'article 69 de la Loi comme étant des documents confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada--ci-après appelés les documents confidentiels du Cabinet--sont exclus de l'application de la *Loi sur l'accès à l'information* pour une période de vingt ans à partir de la date de leur création. L'article 69 contient une liste de sept types de documents constituant

des documents confidentiels du Cabinet; il ne prévoit toutefois pas de définition des intérêts qu'est censée protéger l'exclusion.

L'accès aux documents que le gouvernement considère comme des documents confidentiels du Cabinet est refusé à la personne qui en demande la communication comme si les documents en question étaient visés par l'une des dispositions de la Loi relatives aux exceptions (articles 13 à 26). Au moment où la communication est refusée, le demandeur est informé de son droit de porter plainte de la décision auprès du Commissaire à l'information.

La distinction entre un document « exclu» et un document « protégé » devient importante pendant le processus d'enquête et d'examen à l'égard de la décision du gouvernement d'en refuser la communication. Ainsi, lorsqu'un document est soustrait à la communication en vertu de l'article 69, parce qu'il est « exclu » du droit d'accès, le Commissaire à l'information pas plus que la Cour fédérale du Canada ne peuvent l'examiner pour déterminer s'il s'agit bien d'un document confidentiel du Cabinet.

Cette restriction du pouvoir du Commissaire et de la Cour d'examiner les documents exclus découle de deux dispositions de la Loi--le paragraphe 36(2) et l'article 46--lesquels disposent que le pouvoir d'examiner les documents se limite à ceux « auxquels la présente Loi s'applique ».

Les décisions gouvernementales soustrayant à la communication les documents considérés comme des documents confidentiels du Cabinet ne font donc pas l'objet d'un examen indépendant digne de ce nom. Souvent surnommées la disposition « Mack Truck » de la Loi, ces distinctions faites à l'égard des documents confidentiels du Cabinet vont totalement à l'encontre de l'objet de la Loi, qui est énoncé à l'article 2. Particulièrement, elles battent en brèche le principe voulant que « les exceptions ... [au droit d'accès sont] précises et limitées » et celui voulant que « les décisions quant à la communication [sont] susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif ».

Une affaire qui a récemment été tranchée (dont il est question en détail au Chapitre VI, aux pages 123 à 125) [du Rapport annuel 2000-2001] fait vivement ressortir la mesure dans laquelle l'exclusion prévue à l'article 69 ouvre la voie aux abus. Dans le cas en question, le gouvernement avait entrepris de soustaire à la communication le contenu de documents de travail destinés à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Cabinet. Selon l'article 69, cette catégorie de documents confidentiels du Cabinet doit être assujettie au droit d'accès (c.-à.-d. n'est plus exclue) lorsque les décisions auxquelles ils se rapportent ont été rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant.

Le Commissaire à l'information a présenté en cour une preuve à l'effet que le gouvernement--presque immédiatement après l'adoption de la *Loi sur l'accès à l'information*--avait cessé de présenter des documents de travail au Cabinet, insérant plutôt dans la partie « analyse » des mémoires au Cabinet l'énoncé des problèmes, les analyses et les options politiques. Le gouvernement a soutenu pour sa part que, étant donné que cette partie ne s'intitule pas « document de travail », sa décision d'exclure l'information contenue dans celle-ci, en tant que

document confidentiel du Cabinet, ne peut être contestée par le Commissaire à l'information ni par la Cour fédérale. Pour « enfoncer le clou », le greffier du Conseil privé avait attesté par écrit, en vertu de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, que les documents soustraits à la communication constituaient des documents confidentiels du Cabinet et affirmé qu'avec l'attestation en question, l'affaire était close.

Le juge Blanchard de la Section de première instance de la Cour fédérale s'est irrité de l'opinion du gouvernement voulant que celui-ci peut à sa guise étendre à tout document la protection offerte par l'exclusion relative aux documents confidentiels du Cabinet. Il a conclu :

> « Je souscris aux conclusions du Commissaire à l'information. Le Parlement voulait que certains types de renseignements soient communiqués et ce, à mon avis, peu importe le nom donné aux renseignements en question. Si un document contient des renseignements visant à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques, le Parlement voulait que les renseignements en question soient communiqués. C'est la seule interprétation des alinéas 69 (1)b) et 69 (3)b) de la *Loi sur l'accès à l'information*, et des alinéas 39(2)b) et 39(4)b) de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui confère à ces dispositions le moindre sens. La *Loi sur l'accès à l'information* ne prévoit pas que soit interprétée l'expression « document de travail » comme un document produit par un ministère dans le cadre d'une stratégie de communication, et le fait de transformer le « document de travail » en la partie « analyse » des mémoires au Cabinet a pour effet de limiter l'accès aux problèmes, aux analyses ou aux options politiques qui est prévu dans la *Loi sur l'accès à l'information*. Un tel changement au système des documents du Cabinet pourrait être perçu comme une tentative de contourner la volonté du Parlement. » [Traduction libre] (*Commissaire à l'information* c. *le ministre de l'Environnement*, Section de première instance de la Cour fédérale, 2001 FCT 277, p. 26)

Au cours des 18 années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'accès à l'information*, il est arrivé à de nombreuses occasions que le gouvernement atteste que l'information demandée constitue un document confidentiel du Cabinet tandis que cela n'était manifestement pas le cas. Le Commissaire peut à l'occasion voir l'information ayant été attestée de la sorte parce que l'attestation représente le dernier recours, une fois qu'ont échoué tous les efforts déployés pour justifier une exception. Ainsi, dans un cas, le greffier du Conseil privé avait fourni une attestation écrite à l'effet que constituait un document confidentiel du Cabinet toute référence dans d'autres documents au fait qu'un ministre, en sa qualité de député, avait écrit à un autre ministre au sujet d'une question d'intérêt public.

Le Commissaire s'était dit d'avis que l'information dont la communication avait été refusée ne pouvait à bon droit être considérée comme des « documents employés en vue ou faisant état de communications entre ministres sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique. » Le Commissaire était d'avis, qu'avant d'invoquer la disposition pour exclure l'information du droit d'accès, le contenu des délibérations ou des

communications devait être jugé « à risque » . Le greffier du Conseil privé avait refusé de revoir l'affaire, soutenant que sa décision de considérer l'information comme un « document confidentiel du Cabinet » n'était pas susceptible d'un examen indépendant.

On a également relevé des cas--beaucoup plus rares--où le greffier était disposé à retirer une attestation après avoir entendu les représentations du Commissaire. Ce que l'on cherche à dire ici, c'est que, faute d'un examen indépendant, la disposition d'exclusion applicable aux documents confidentiels du Cabinet est probablement appliquée à un éventail plus large de documents que ne l'avait prévu le Parlement. Comme l'a conclu le juge Evans dans *Le Conseil canadien des oeuvres de charité chrétiennes* c. *le ministre des Finances* (1999) YFC 245 à 255 : « Les responsables des institutions fédérales ont tendance à justifier les raisons qu'ils invoquent pour ne pas communiquer les renseignements en faisant valoir l'intérêt public et ainsi à interpréter et appliquer la Loi d'une façon qui assure une protection maximale aux renseignements qu'ils ont en leur possession. »

Dans son rapport faisant état des résultats de l'examen des trois premières années d'application de la *Loi sur l'accès à l'information*, le Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général avait indiqué :

> « Le Comité croit fermement qu'il n'est pas justifié d'exclure de façon absolue les documents confidentiels du Cabinet du champ d'application de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le Comité a entendu plus de témoignages sur la nécessité de modifier cette disposition que sur toute autre question. L'exclusion des documents du Cabinet a miné la crédibilité de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. L'ancien ministre de la Justice, l'honorable John Crosbie, a déclaré ce qui suit au Comité :
>
> > « Par le passé, je crois qu'une trop grande quantité de renseignements ont été protégés par le secret du Cabinet... Bon nombre de renseignements autrefois considérés comme secrets peuvent et devraient être rendus accessibles. »
>
> Le Comité est d'accord avec M. Crosbie. »
> (*Une question à deux volets : Comment améliorer le droit d'accès à l'information tout en renforçant les mesures de protection des renseignements personnels*, mars 1987, p. 37)

Le test sur lequel tout repose et visant à déterminer si le gouvernement tient vraiment à réformer la *Loi sur l'accès à l'information* sera la volonté de celui-ci de remédier à ce que tous les analystes indépendants considèrent comme la plus grande faiblesse de la Loi, à savoir l'exclusion des documents confidentiels du Cabinet. La réforme ne signifie absolument pas l'abandon d'un degré de secret nécessaire à la préservation de l'importante convention relative à la responsabilité ministérielle collective et à la promotion d'échanges francs entre ministres.

Tous les analystes indépendants s'entendent pour dire que les documents ne devraient pas être communiqués si leur contenu devait révéler la teneur des délibérations du Cabinet. Il faut trouver un juste milieu. Comme il est indiqué dans le rapport du Comité permanent de la Justice, en 1987:

> « Le Comité reconnaît qu'il faut prévoir des exceptions pour protéger certains documents du Cabinet; dans une grande mesure, notre système parlementaire de gouvernement se fonde sur la discussion libre et franche, mais à huis clos, des questions d'État. Néanmoins, le Comité estime qu'une disposition bien formulée prévoyant que certains documents font l'objet de mesures d'exception (**au lieu d'être exclus** de l'application de la Loi) constituerait une protection suffisante pour garantir le caractère secret des travaux du Cabinet. Compte tenu du rôle spécial que joue le Cabinet dans notre système parlementaire, aucun critère de détermination du préjudice ne devrait s'appliquer à l'information prévue dans cette catégorie. » (*Une question à deux volets*, p. 37)

**Le Commissaire à l'information préconise lui aussi la transformation de l'exclusion applicable aux documents secrets du Cabinet en une exemption et est en faveur d'un resserrement de la portée du secret du Cabinet en limitant celui-ci à l'information qui aurait pour effet de révéler la teneur des délibérations du Cabinet**. Les propositions détaillées à cet égard s'énoncent comme suit :

### a) Exception ou exclusion

L'approche fédérale en vigueur, qui consiste à exclure les documents confidentiels du Cabinet du champ d'application de la *Loi sur l'accès à l'information* va à contre-courant de la Loi et l'approche prise par les autres gouvernements.

L'exclusion actuelle qui porte sur les documents confidentiels du Cabinet prévue à l'article 69 de la *Loi sur l'accès à l'information* devrait être remplacée par une exception, de façon à assujettir ces documents aux dispositions relatives à l'accès à l'information et à l'examen indépendant prévu dans la Loi.

### b) Exception impérative ou discrétionnaire

La plupart des textes de loi et des projets de loi sur l'accès à l'information concernant les documents confidentiels du Cabinet reconnaissent que, vu l'importance capitale de la nature confidentielle des délibérations du Cabinet dans un régime parlementaire, il est justifié d'appliquer aux documents confidentiels du Cabinet une exception impérative. Le Comité permanent, dans son rapport intitulé *Une question à deux volets*, proposait que l'exception soit discrétionnaire. On peut comprendre que les gouvernements hésiteront à affaiblir, dans une large mesure, les protections accordées aux documents confidentiels du Cabinet. Si des changements étaient à prévoir, c'est l'adoption d'une exception impérative qui aurait le plus de chance d'être acceptée. C'est ce qu'on aurait appris des administrations provinciales.

### c) Critère de détermination du préjudice

Le gouvernement refuserait, à juste titre, l'inclusion d'un critère de détermination du préjudice. Le fait de devoir convaincre un agent impartial

(comme le Commissaire à l'information ou le tribunal) que la communication serait préjudiciable obligerait le gouvernement à expliquer à des officiers de justice des aspects politiques des délibérations du Cabinet, ce qui ne s'est jamais vu. Les possibilités d'une réforme seraient très limitées si l'on recommandait l'inclusion d'un critère de détermination du préjudice.

### d) Nature du critère objectif

Si l'exception n'est pas fondée sur un critère de détermination du préjudice, elle doit donc se fonder sur un critère objectif. Il s'agit de se demander, et c'est là le problème de fond, quelle doit être la nature de ce critère objectif. L'exclusion actuelle se fonde sur la notion de « documents confidentiels » du Conseil privé de la Reine pour le Canada, notion partiellement définie dans la Loi et dans la politique comme englobant différents types de documents et de renseignements contenus dans les documents. La politique va plus loin, puisqu'elle définit certains documents ou parties de documents (p. ex. résumés publics de décisions du Cabinet et documents qui ne sont pas destinés au Cabinet, mais joints à des documents du Cabinet) comme n'étant pas des documents confidentiels.

À l'exception de la législation fédérale australienne, ce principe n'a pas été adopté par d'autres gouvernements. On a préféré, pour le critère, se concentrer davantage sur le but de l'exception, à savoir la protection du contenu des délibérations du Cabinet. L'expression « révéleraient la teneur des délibérations du Cabinet » s'accompagne parfois d'une liste non exhaustive des genres de documents ou de renseignements qui pourraient être exclus. Cette approche offre de grands avantages :

- elle fait porter l'exception uniquement sur l'information précise qui doit être protégée et restreint la portée de l'exception. Elle élimine la nécessité d'introduire de longues définitions des différents documents qui pourraient faire l'objet d'une exception et d'illustrer, à l'aide d'exemples, les exceptions à la règle. En d'autres mots, cette approche a le mérite d'être plus simple et de protéger la majorité des documents définis actuellement dans la politique du BCP sur la divulgation des documents confidentiels du Conseil de la Reine pour le Canada, une fois que les diverses exceptions ont été prises en compte;

- elle est de nature plus générique et ne subirait donc pas de tort si le BCP décidait de modifier le système de dossiers du Cabinet et la nature et le genre de documents qui sont créés;

- elle évite aux institutions d'avoir à examiner les documents et à prélever toute simple référence aux travaux du Cabinet (p. ex. numéros de comptes rendus de décisions et numéros du Conseil du Trésor, comme c'est actuellement le cas). Il suffirait de supprimer ce genre de références disparates lorsqu'elles révèlent effectivement *la teneur* des délibérations du Cabinet.

Le test d'une exception visant les documents confidentiels du Cabinet devrait porter sur le fait que la communication d'un document révélerait le contenu des délibérations du Cabinet.

### e) Définition du Cabinet

Toutes les exceptions proposées et exclusions actuelles visant les documents confidentiels du Cabinet s'appliquent au Cabinet et à tous ses comités, permanents et spéciaux. Il n'est donc pas nécessaire de modifier le champ d'activité actuel des éléments composant le Cabinet susceptibles de recevoir des documents préparés à leur intention ou créés en leur nom qui constitueraient des documents confidentiels du Cabinet pour lesquels une protection serait justifiée.

Aussi, il serait approprié que soit conservée la définition actuelle du terme Conseil au sens où l'entend la *Loi sur l'accès à l'information*, qui englobe le Conseil privé de la Reine pour le Canada, ses comités et le Cabinet et ses comités.

### f) Champ d'application de l'exception

L'exclusion fédérale est plus restrictive que n'importe quelle exception prévue dans les lois provinciales. Les différences principales concerneraient d'une part, l'accès aux données de base et aux analyses après qu'une décision a été prise et, d'autre part, la réduction des délais d'application d'une exception aux documents confidentiels du Cabinet.

Toute nouvelle exception devrait porter essentiellement sur les documents rédigés ou reçus par les membres du Cabinet et les fonctionnaires dans le cadre de leur participation au processus collectif lié à la prise de décisions du gouvernement et à la formulation de sa politique. Ce sont, en général, les documents suivants :

- ordres du jour, procès-verbaux officiels et non officiels de réunions du Cabinet et de comités du Cabinet et comptes rendus de décisions;
- mémoires ou présentations au Cabinet (y compris les projets) et les documents qui les appuient;
- avant-projets de loi ou de règlement;
- communications entre ministres portant sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Cabinet (y compris les projets de documents);
- les mémoires (ou projets de mémoire) présentés par des représentants du Cabinet en vue de le conseiller;
- le matériel d'information préparé pour les ministres en vue de leur permettre de participer aux discussions du Cabinet (y compris les projets de documents);
- tout document contenant des renseignements relatifs à la teneur de l'un des documents énumérés ci-dessus, dont la communication révélerait le contenu des délibérations du Cabinet ou de l'un de ses comités.

Il faudrait inclure des exemples des types de documents qui seraient « susceptible(s) de révéler la teneur des délibérations du Cabinet ou de l'un de ses comités ». La liste, cela va de soi, ne devrait pas être exhaustive de sorte que

la disposition puisse être adaptée aux éventuels changements qui seront apportés au système des dossiers du Cabinet.

Par conséquent, la disposition sur les exceptions applicables aux documents confidentiels du Cabinet devrait prévoir une liste non inclusive, fournie à titre indicatif seulement, des catégories qui pourraient être protégées.

La liste des exemples devrait être structurée comme suit :

i) un ordre du jour, procès-verbal ou autre document faisant état de délibérations ou de décisions du Conseil ou de l'un de ses comités;

ii) un document contenant des options stratégiques ou des recommandations soumises ou qu'il est prévu de soumettre au Conseil ou à l'un de ses comités;

iii) un document destiné à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;

iv) un document employé en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre les ministres sur des questions liées à la prise de décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;

v) un document d'information préparé à l'intention d'un ministre se rapportant à des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil ou qui font l'objet de communications ou de discussions mentionnées au paragraphe iv) ci-dessus;

vi) des avant-projets de loi ou de règlement; et

vii) des documents qui renferment des renseignements relatifs à la teneur d'un des documents mentionnés aux paragraphes i) à vi), si l'information est susceptible de révéler la substance des délibérations du Conseil.

### g) Séparer en deux domaines la protection relative aux documents confidentiels du Cabinet

La loi australienne sur l'accès à l'information distingue les documents du Cabinet et du Conseil exécutif :

- des projets de présentations au Cabinet;
- du matériel d'information destiné à un ministre et se rattachant à une présentation au Cabinet.

Ces documents sont couverts par l'exception visant les documents de travail internes (article 36), qui permet de déterminer si un document peut être considéré, en partie ou en totalité, comme avis et recommandations ou si l'accès à cette information n'est pas dans l'intérêt public. Cela signifie qu'une institution gouvernementale a discrétion pour décider si une information de ce type doit être communiquée.

De la même façon, le Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général considère que la protection prévue pour les mémoires destinés à présenter des recommandations au Cabinet ou pour le matériel d'information fourni aux ministres afin qu'ils se préparent aux réunions du Cabinet fait double emploi. L'exception discrétionnaire visant les avis et recommandations prévue à l'article 21 de la *Loi sur l'accès à l'information* protège suffisamment les parties de ce genre de documents faisant état des délibérations du Cabinet.

Si, au premier abord, il semble que cette protection soit assurée, il est tout de même nécessaire de revenir à la nature spéciale de la protection indispensable au processus collectif de prise de décisions du régime parlementaire. D'autres législatures au Canada, en examinant cette question, ont considéré qu'il convenait d'appliquer deux modes de traitement aux documents confidentiels du Cabinet : l'un impératif, l'autre discrétionnaire. Cela ne signifie pas que l'exception portant sur les avis et les recommandations n'entre pas en ligne de compte lorsqu'un document ne peut constituer ou ne peut plus constituer un document confidentiel du Cabinet, mais l'application de deux modes de traitement compliquerait, semble-t-il, la prise de décision touchant cette procédure d'exception déjà complexe. Tout recours à une exception discrétionnaire devrait s'appliquer aux documents confidentiels du Cabinet visés par une exception.

### h) Exceptions à l'exception relative aux documents confidentiels du Cabinet

Un certain nombre d'exceptions à la règle d'exception visant les documents confidentiels du Cabinet sont reconnues dans les lois sur l'accès à l'information de tous les gouvernements et dans divers projets de modification des lois. Nous analysons ci-dessous toutes ces exceptions et nous formulons des recommandations pour chacune d'entre elles.

### i) Délais

En raison de la nature objective de toutes les mesures de protection prévues pour les documents confidentiels du Cabinet, toutes les lois, sauf la loi australienne, prévoient un délai maximum durant lequel un document ou une partie d'un document peut être considéré comme un document confidentiel du Cabinet. La norme était au départ de 20 ans (fédéral et Ontario). Le Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général a recommandé de réduire le délai à 15 ans, soit la durée maximale de trois législatures. La Colombie-Britannique et l'Alberta ont également adopté cette norme.

### j) Problèmes, analyses et options politiques

À l'alinéa 69(3)b) de la Loi, le Parlement prévoit que les documents destinés à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Cabinet soient assujettis au droit d'accès dans les cas où les décisions auxquelles ils se rapportent ont été rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant. Or, la volonté du Parlement à cet égard n'a pas été respectée dans les années subséquentes, comme on l'a vu précédemment.

Cette exception visant les problèmes, les analyses et les options politiques constitue l'élément déterminant pour élargir l'accès à l'information sur lequel s'appuient couramment les travaux du Cabinet sans menacer la confidentialité de ses délibérations. Elle est essentielle quand il s'agit d'accroître la responsabilisation du gouvernement et de faire en sorte que le Cabinet obtienne de ses fonctionnaires la meilleure information qui lui sert à prendre des décisions--puisque cette information pourra faire l'objet d'examen et de commentaires.

Vu la réticence des gouvernements à communiquer l'information en question, la Loi devrait être modifiée de manière à indiquer clairement que les problèmes, les analyses et les options politiques qui sont présentés au Cabinet pour examen soient assujettis au droit d'accès.

### k) Résumés de décisions

Tous les gouvernements résument les décisions du Cabinet afin de les communiquer au public ou de permettre à leurs institutions de suivre les directives du Cabinet. Ces résumés ne sont pas tous à la disposition du public sous forme de communiqués de presse ou de documents du même type. Il est donc nécessaire de reconnaître que ces résumés ne sont pas considérés comme des documents confidentiels du Cabinet, une fois qu'ils ont été prélevés d'autres documents susceptibles de révéler le contenu des délibérations du Cabinet ou de l'un de ses comités. Ces résumés (p. ex. les circulaires émises par le Conseil du Trésor pour la mise en oeuvre de décisions se rapportant à une nouvelle politique ou à des compressions budgétaires) devraient systématiquement être mis à la disposition du public.

### l) Le Cabinet comme instance d'appel

De temps en temps, le Cabinet ou l'un de ses comités (p. ex. le Conseil du Trésor) fait fonction d'instance d'appel, en vertu de telle ou telle loi. On peut avancer que, dans un tel cas, le document se rapportant à une décision, mais non aux avis et aux recommandations qui l'appuient, devrait être mis à la disposition du public. Ces décisions sont très souvent communiquées au public. Cependant, il est tout de même nécessaire d'établir une règle générale de façon à ce que de telles décisions ne puissent être traitées comme des documents confidentiels du Cabinet. Cette disposition est prévue dans les lois sur l'accès à l'information de la Colombie-Britannique et de l'Alberta.

### m) Divulgation avec le consentement du Cabinet

Par convention, le Premier ministre et les anciens premiers ministres contrôlent l'accès aux documents confidentiels du Cabinet de leur administration. Les ministres et anciens ministres contrôlent l'accès aux documents se rapportant à la prise de décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique. La politique fédérale prévoit que le Cabinet ou le Premier ministre a la discrétion de rendre un document confidentiel du Cabinet accessible au public. Les ministres concernés peuvent exercer cette discrétion pour les documents employés en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre ministres sur des questions liées à la prise de décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique.

En Ontario, l'alinéa 12(2)b) reconnaît au Conseil des ministres le pouvoir de lever la confidentialité d'un document du Cabinet, lorsque ce document a été préparé sous ses auspices. Ce consentement ne fait pas partie des pratiques courantes ou normales, mais le Commissaire à l'information et à la protection des renseignements personnels de cette province a recommandé de l'utiliser dans les cas où des propositions ou des projets de lois ou de règlements ont déjà été divulgués, pour consultation, à certaines parties, mais dont l'accès a été refusé à d'autres parce que les documents tombent sous le coup de l'exception touchant les documents confidentiels du Cabinet. Selon le Commissaire à l'information, le consentement du Conseil des ministres peut mettre fin à cet accès inégal à l'information. Le Cabinet peut, à d'autres occasions, vouloir donner son consentement à la divulgation de renseignements considérés comme faisant partie des documents confidentiels du Cabinet. Les mêmes règles peuvent s'appliquer à un ministre ou à un groupe de ministres après la communication d'une décision du gouvernement ou la formulation d'une de ses politiques. Dans la mesure où le consentement du Cabinet, du Premier ministre ou d'un ministre diffère de la convention actuelle sur la divulgation des documents confidentiels du Cabinet, il conviendrait d'ajouter un alinéa à la disposition sur la règle d'exception visant les documents confidentiels du Cabinet, afin de reconnaître l'existence de la procédure en question.

### n) Communication pour raisons d'intérêt public

La divulgation pour raisons d'intérêt public constitue en soi un problème très vaste et fondamental en matière d'accès à l'information. Elle est désormais prévue dans la plupart des textes de loi récents sur l'accès à l'information du Canada et devra être examinée soigneusement dans toute révision de la loi fédérale. L'Ontario a été la première province à introduire une dérogation pour raisons d'intérêt public dans sa législation. De façon générale, elle prévoit que, nonobstant toutes les autres dispositions, le responsable d'une institution gouvernementale doit, dès que c'est possible, divulguer tout document au public ou aux personnes concernées s'il a des motifs raisonnables et probables de croire qu'une telle divulgation sert l'intérêt public. La dérogation s'étend aux documents du Cabinet, mais la notion d'intérêt public est restreinte, puisque la dérogation ne s'applique qu'à un document qui révélerait un préjudice *grave* (*grave harm*) causé à l'environnement, à la sécurité ou la santé. La législation ontarienne inclut également une dérogation pour raisons d'intérêt public dans plusieurs de ses dispositions d'exclusion, mais les documents confidentiels du Cabinet ne sont pas visés.

La Colombie-Britannique et l'Alberta élargissent la disposition de base de la loi ontarienne en prévoyant la divulgation de l'information au public, à un groupe de personnes concernées, à une personne ou à l'auteur d'un recours en vertu de la Loi lorsqu'un risque de préjudice *important* (*significant harm*) menace l'environnement, la santé ou la sécurité du public ou lorsque la divulgation sert clairement l'intérêt public (article 25 de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act -- Loi sur l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels* -- de la Colombie-Britannique et article 31 de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act -- Loi sur l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels* - de l'Alberta).

Très peu de décisions rendues en vertu des lois provinciales sur l'accès à l'information ont trait à la communication d'information pour raisons d'intérêt public, et la plupart d'entre elles se rapportent à la protection de l'environnement, de la santé et de la sécurité publiques. Il n'y en a aucune sur l'intérêt public dans la divulgation de documents confidentiels du Cabinet. Le moins qu'on puisse dire est que la dérogation pour raisons d'intérêt public ne donne pas lieu à la divulgation d'une multitude de documents confidentiels du Cabinet. Cela devrait rassurer les personnes qui voient dans de telles dispositions une grave menace à la protection de la confidentialité du processus de prise de décisions du Cabinet.

En même temps, il est très difficile de défendre le principe de non-divulgation de l'information, qu'il s'agisse de documents confidentiels du Cabinet ou d'autres, faisant état d'un risque de préjudice *grave* ou *important* pour l'environnement, la santé ou la sécurité publiques ou dont la divulgation servirait *clairement* l'intérêt public. Les critères demeurent très stricts, et l'information susceptible de correspondre à cette définition serait le plus souvent rendue publique ou communiquée aux groupes ou aux personnes concernées sans qu'il leur faille présenter une demande de communication.

Il est donc nécessaire que toute règle d'exception visant les documents confidentiels du Cabinet soit assujettie à une disposition visant la communication pour raisons d'intérêt public, et que cette disposition prenne de préférence la forme de l'article introduit dans les lois de la Colombie-Britannique et de l'Alberta sur l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels.

### o) Restrictions relatives à l'examen et à l'évaluation des documents confidentiels du Cabinet

On reconnaît généralement le caractère particulier des documents confidentiels du Cabinet en limitant le nombre d'agents indépendants relevant du Parlement qui peuvent y avoir accès, les examiner et prendre des décisions sur l'accès du public à ces documents, et en stipulant que ces agents doivent avoir un certain niveau hiérarchique. Cette procédure, pleine de sagesse, permet de respecter le principe général de confidentialité des délibérations du Cabinet.

La nature des mécanismes d'examen dépend toutefois de ce que sera la structure globale de l'examen dans le cadre de la *Loi sur l'accès à l'information*, une fois que celle-ci sera révisée. Si la Loi n'est pas modifiée, le Commissaire à l'information jouant le rôle d'ombudsman lorsque l'accès à l'information est refusé, il faut donner suite aux recommandations du Comité permanent.

Le Comité a recommandé que le refus de communiquer des documents confidentiels du Cabinet ne soit pas transmis au Commissaire à l'information, mais plutôt traité directement par le juge en chef adjoint de la Cour fédérale. Cette façon de procéder serait non seulement extrêmement conflictuelle et coûteuse, mais représenterait aussi une lourde charge pour le juge en chef adjoint. Il semble que des considérations pratiques justifient le fait que le Commissaire à l'information soit autorisé à étudier ce type de refus, comme il étudie tous les autres refus. Le Commissaire à l'information devrait toutefois

être tenu de limiter la délégation de ses pouvoirs d'enquête, comme le stipulent certaines dispositions se rapportant aux questions relatives aux affaires extérieures et à la défense, aux termes du paragraphe 59(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*. S'il y a appel devant la Cour fédérale, l'affaire devra être entendue par le juge en chef adjoint, comme l'exige également l'article 52 sur les questions intéressant les affaires extérieures et la défense.

Si, après révision de la législation sur l'accès aux renseignements, il est décidé que le Commissaire à l'information prendra des décisions exécutoires en matière de refus d'accès, ce dernier ne pourra déléguer l'examen et l'évaluation des documents confidentiels du Cabinet qu'à un maximum de quatre fonctionnaires, comme le stipule le paragraphe 59(2) sur les exceptions particulières relatives aux affaires extérieures et à la défense.

## p) Proposition de disposition d'exception relative aux documents confidentiels du Cabinet

Que l'on modifie l'exception relative aux documents confidentiels du Cabinet de la manière suivante :

1. Le chef de l'institution gouvernementale refusera de communiquer tout document susceptible de révéler le contenu des délibérations du Conseil privé de la Reine pour le Canada, tel que, sans toutefois limiter la portée générale de ce qui précède :

a) un ordre du jour, un procès-verbal ou un document faisant état des délibérations ou des décisions du Conseil ou de l'un de ses comités;

b) un document contenant des recommandations soumises ou qu'il est prévu de soumettre au Conseil ou à ses comités;

c) un document destiné à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;

d) un document d'information employé en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre ministres sur des questions liées à la prise de décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;

e) un document d'information destiné à un ministre sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil ou qui font l'objet de communications ou de discussions dont il est question en c) ci-dessus;

f) des projets de politiques ou de règlements;

g) des documents contenant des renseignements relatifs à la teneur d'un document qui entre dans la catégorie dont il est question aux alinéas a) à e) ci-dessus, si les renseignements révèlent le contenu des délibérations du Conseil.

2. Le paragraphe (1) ne s'applique pas :

a) à un document remontant à 15 ans ou plus;

b) à un document, ou à une partie de document, rendant compte d'une décision du Conseil prise suite à un appel en vertu d'une loi fédérale;

c) à un document, ou à une partie de document, exposant des problèmes, des analyses ou des options politiques soumis ou qu'il est prévu de soumettre au Conseil ou à ses comités, pour examen et prise de décision, si :

i) la décision a été rendue publique;

ii) quatre ans ou plus se sont écoulés depuis que la décision a été prise ou considérée;

d) à un document, ou à une partie de document, joint à une présentation au Cabinet qui n'a pas été créé en vue d'être soumis à l'examen du Cabinet ou de l'un de ses comités;

e) à un document, ou à une partie de document, contenant un résumé d'une décision du Cabinet ne renfermant aucun renseignement susceptible de révéler le contenu des délibérations du Conseil;

f) à un document, ou à une partie de document, destiné au Cabinet ou se rapportant à ses travaux, si le Cabinet consent à ce qu'on le communique.

3. Aux fins des paragraphes (1) et (2), le terme « Conseil » désigne le Conseil privé de la Reine pour le Canada, les comités du Conseil privé de la Reine pour le Canada, le Cabinet et les comités du Cabinet.

## ii) Colmater les brèches dans le champ d'application de la Loi

La *Loi sur l'accès à l'information* ne s'applique qu'aux institutions énumérées à l'annexe I de la Loi. Aucun principe général ne dicte quelles sont les institutions qui doivent y être ajoutées. Le Cabinet a le pouvoir d'ajouter des institutions à la liste, bien qu'il ne soit pas tenu de le faire, mais pas d'en rayer. Cette façon de faire a donné lieu à une annexe I désuète, dans laquelle figurent des institutions qui n'existent plus et sont absentes d'autres qui sont normalement réputées comme faisant partie de l'appareil de gestion des affaires publiques fédéral.

La meilleure approche à cet égard consisterait à énoncer dans la Loi les critères relatifs à l'inclusion à l'annexe I de la Loi et à obliger le Cabinet à y ajouter toute institution admissible à y figurer. L'élimination pure et simple de l'annexe I entraînerait toutefois trop d'incertitude dans le système. Les institutions, particulièrement les nouvelles formes d'entreprises exerçant des activités gouvernementales, doivent savoir sans l'ombre d'un doute si elles sont assujetties à la Loi; elles doivent avoir un moyen de contester leur inclusion, et le public doit avoir un moyen de contester l'exclusion par le Cabinet de telle ou telle institution de l'annexe de la Loi.

**Le mécanisme recommandé à cet égard est le suivant : le Cabinet devrait avoir l'obligation d'ajouter les institutions autorisées à figurer à l'annexe I de la Loi. Quiconque (y compris une personne morale) devrait avoir le droit de porter plainte auprès du Commissaire à l'information, avec le droit à une révision ultérieure par la Cour fédérale, quant à la présence d'une institution donnée dans l'annexe I de la Loi ou son absence de celle-ci. Comme c'est le cas maintenant, le Commissaire devrait avoir le pouvoir de recommander l'inclusion d'une institution à l'annexe I ou la suppression de celle-ci, et la**

**Cour fédérale, après un nouvel examen, devrait avoir le pouvoir d'ordonner l'ajout d'une institution à l'annexe I ou la radiation de celle-ci.**

Le professeur Alasdair Roberts, de l'Université Queen's, a produit une analyse judicieuse de la façon dont les dispositions législatives sur l'accès à l'information, conçues traditionnellement pour respecter la séparation du secteur public du secteur privé, perdent graduellement de leur efficacité. Il signale qu'il n'y a guère de consensus sur la façon de remédier au problème; un éventail d'approches ont été adoptées par des gouvernements ayant des dispositions législatives sur l'accès à l'information. Voici quelques options à cet égard :

- serait couverte toute organisation qui mène des fonctions gouvernementales importantes, qu'elle appartienne à des intérêts publics ou privés;
- serait couverte toute organisation qui exerce des fonctions de nature gouvernementale ou qui fournit, en vertu d'un marché conclu avec une autorité publique tout service dont la prestation représente une fonction de l'autorité publique en question;
- serait couverte toute organisation dont les activités soulèvent le risque d'abus de pouvoir;
- serait couverte toute organisation dont l'absence aurait un effet préjudiciable sur les intérêts fondamentaux des citoyens.

Le défi manifeste pour le Canada consiste à trouver des critères servant à déterminer si une institution doit être assujettie à la Loi qui soient le plus objectifs possible de manière à les rendre faciles à comprendre et à appliquer dans des cas particuliers. **À cette fin, il est recommandé que tout institution, organisme, office ou entité juridique soit ajouté à l'annexe I de la *Loi sur l'accès à l'information* pourvu qu'il remplisse au moins une des cinq conditions suivantes :**

1) il est financé, en tout ou en partie, par des crédits du Parlement ou constitue une composante administrative de l'institution du Parlement;
2) il ou son parent appartient (entièrement ou majoritairement) au gouvernement du Canada;
3) il figure à l'annexe I, I.1, II ou III de la *Loi sur la gestion des finances publiques*;
4) il ou son parent est dirigé ou administré par au moins une personne nommée en vertu d'une loi fédérale;
5) il exerce des fonctions ou fournit des services en vertu d'une loi ou d'un règlement fédéral;
6) il exerce des fonctions ou fournit des services dans un secteur de compétence fédérale qui sont essentiels à l'intérêt public en ce qui concerne la santé, la sécurité, la protection de l'environnement ou la sécurité économique.

Il est bien entendu impossible de prévoir avec certitude les formes que prendront les mécanismes institutionnels à l'avenir ni par l'intermédiaire de quelle fonction

de gestion des affaires publiques ceux-ci s'exerceront. Ces dernières années, les services de contrôle de la circulation aérienne sont passés d'un ministère, où ils étaient assujettis au droit d'accès à l'information, à une société privée, où ils ne sont pas couverts. Des changements pourraient également intervenir à l'avenir dans la façon dont les gouvernements gèrent les services correctionnels, l'approbation des médicaments, les subventions et contributions, les services de police, les interventions en cas d'urgence et ainsi de suite. Il faut espérer que le principe de la reddition de comptes par la transparence ne disparaîtra pas simplement parce que le mode de prestation du service a changé. Les critères qui sont proposés pour l'inclusion se veulent objectifs, mais aussi assez souples pour constituer des guides utiles dans l'avenir.

En vertu des critères pour l'inclusion qui ont été énumérés plus haut, les institutions qui ne figurent pas à l'annexe I mais qui devraient y être ajoutées sont notamment :

La Chambre des communes et ses composantes

Le Sénat et ses composantes

La Bibliothèque du Parlement

Le directeur général des élections

Le Commissaire à l'information

Le Commissaire à la protection de la vie privée

Le Commissaire aux langues officielles

Le Vérificateur général

La Société Radio-Canada

La Société canadienne des postes

Le Canadien National

Énergie atomique du Canada Limitée

Nav Canada

La Société canadienne du sang

La Commission canadienne du blé

La Voie maritime du Saint-Laurent

L'Office d'investissement du Régime de pension du Canada

La Société pour l'expansion des exportations

Il importe de noter que les critères qui sont énoncés plus haut engloberaient les bureaux des députés et sénateurs ainsi que la Cour suprême, la Cour fédérale et la Cour canadienne de l'impôt. Dans son rapport de 1987, le Comité permanent de la Justice avait recommandé que ces organismes soient expressément exclus

de l'application de la Loi. John Grace, ancien Commissaire à l'information, n'avait pas non plus recommandé l'inclusion de ceux-ci dans les propositions de réforme qu'il avait déposées au Parlement en 1994.

Est empreinte de sagesse l'opinion selon laquelle le pouvoir judiciaire du gouvernement, qui doit rendre une décision à l'égard des plaintes déposées en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* et émettre des ordonnances exécutoires à ce sujet (à la différence du Commissaire à l'information, qui est appelé à faire enquête et à recommander un règlement), ne devrait pas être assujetti aux exigences de la Loi ni aux pouvoirs d'enquête du Commissaire à l'information. Surtout, par convention et de par la Constitution, les délibérations des tribunaux sont ouvertes au public dans un degré plus large que ne le sont les activités d'autres institutions où s'exerce le pouvoir.

Est aussi empreinte de sagesse l'opinion selon laquelle les bureaux des députés et des sénateurs ne devraient pas être assujettis à la Loi, car ceux-ci exercent leur rôle dans la gestion des affaires publiques par l'intermédiaire des institutions du parti et du Parlement. Leurs décisions et interventions n'appellent pas la même reddition des comptes que celles des ministres ou des diverses institutions du Parlement auxquelles ils appartiennent.

**Il est par conséquent recommandé que la Loi exclue de son champ d'application la Cour suprême du Canada, la Cour fédérale du Canada, la Cour canadienne de l'impôt et les bureaux des députés et sénateurs.**

Deux autres conditions s'imposeront pour empêcher la « fuite » de documents relevant d'institutions assujetties à la Loi vers d'autres qui ne le sont pas. Disons d'abord que cela se produit surtout lorsqu'une institution assujettie à la Loi confie à contrat l'exécution d'une fonction donnée (par exemple une enquête relative à une plainte de harcèlement, un examen de gestion ou un plan stratégique) et prévoit que tous les documents se rapportant à l'activité visée par le contrat (sauf, bien entendu, le produit livrable) resteront en la possession de l'entrepreneur.

**Pour contrer cette pratique, la *Loi sur l'accès à l'information* devrait prévoir que tous les marchés conclus par des institutions inscrites à l'annexe comportent une clause indiquant que tous les documents produits en vertu des marchés de service relèvent d'elles.**

Par ailleurs, des institutions ont tenté de limiter la portée de l'accès à l'information en soutenant que les documents conservés dans les cabinets des ministres et au cabinet du Premier ministre ne tombent pas sous le coup du droit d'accès. Au moment d'écrire ces lignes, la Cour fédérale instruisait une affaire dans laquelle la Couronne défend cette interprétation restrictive de la Loi. La Loi devrait être modifiée pour mettre fin à l'incertitude en indiquant clairement que l'endroit où est conservé un document ne détermine en rien si le document est visé par le droit d'accès ou ne l'est pas. **Particulièrement, le droit d'accès énoncé à l'article 4 devrait préciser qu'il englobe les documents conservés dans les cabinets des ministres et au cabinet du Premier ministre relatifs aux questions entrant dans les fonctions des ministres et du Premier ministre en tant que responsables des institutions qu'ils dirigent.**

### iii) La dérobade – Article 24

Pour John Grace, ancien commissaire à l'information, l'article 24 de la Loi représentait « le vice caché de notre législation sur l'accès à l'information » . (Rapport annuel 1993-1994, p. 37) Par ces mots, il faisait allusion au fait que cette disposition donne à l'administration publique la possibilité de soustraire à la communication certains renseignements, même quand le secret ne serait vraisemblablement pas justifié. Même les renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine, soutenait-il, ne sont protégés de façon absolue que pour vingt ans. Pourtant, les documents visés par l'article 24 jouissent d'un secret obligatoire à durée indéfinie. Ce paragraphe se lit comme suit :

> « Le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d'une disposition figurant à l'annexe II. »

Pour qu'on puisse y ajouter ou en supprimer des dispositions, l'annexe II doit être modifiée par le Parlement. Cette « dilution » du droit d'accès se fait très subrepticement, dans les dernières pages d'une autre loi, en tant que « modification corrélative » de la *Loi sur l'accès à l'information*.

Étant donné que l'article 24 constitue une exception obligatoire, que l'on peut invoquer sans faire la preuve d'un risque raisonnable de préjudice, le Parlement avait prévu que son utilisation ferait l'objet d'un examen minutieux. C'est pourquoi le paragraphe 24(2) prévoit que chaque disposition énoncée à l'annexe II soit revue par le Parlement en même temps que l'examen général prévu au paragraphe 75(2). L'examen en question a été mené en 1986 par le Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général.

Dans son rapport du 1er juin 1986, le Comité indiquait que l'esprit de la *Loi sur l'accès à l'information* était énoncé au paragraphe 2(1), lequel prévoit :

> « La présente Loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendant du pouvoir exécutif. »

Le Comité avait conclu que deux des trois principes qui sont énoncés dans cette disposition étaient dans une certaine mesure battus en brèche par l'existence de l'article 24. D'abord, soutenait-il, dans la mesure où un bon nombre des dispositions de l'annexe II prévoient un vaste pouvoir discrétionnaire relatif à la communication de documents et tombent sous le coup de l'interdiction obligatoire prévue à l'article 24, on ne peut qualifier de « précise et limitée » l'exception au droit d'accès. Le Comité a également fait remarquer qu'étant donné que l'envergure de l'examen par le Commissaire des décisions des institutions de ne pas communiquer des documents en vertu de l'exception se limite à une simple détermination de la question de savoir si la communication tombe sous le coup d'autres restrictions statutaires, on ne peut guère parler de véritable examen indépendant.

Après avoir examiné l'historique et l'objet de l'article 24 et la nature de l'information énumérée à l'annexe II et avoir entendu des témoins à ce sujet, le Comité a conclu :

> « Nous avons conclu qu'en général, l'annexe II de la Loi est inutile. Selon nous, dans chaque cas, les types d'informations protégés par une des dispositions énumérées seraient suffisamment protégés par une ou plusieurs des exceptions déjà énoncées dans la *Loi sur l'accès à l'information.* »
> (Une question à deux volets, p. 134)

Le Comité, au sujet de trois lois, a élevé des objections en ces termes :

> « Même si nous avons conclu que les intérêts protégés par les dispositions énoncées à l'annexe II pourraient être adéquatement protégés grâce aux exceptions déjà prévues par la *Loi sur l'accès à l'information*, nous sommes persuadés qu'il est nécessaire de maintenir trois exceptions explicites. Les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de la *Loi sur la statistique* et de la *Loi sur les déclarations des corporations et des syndicats ouvriers* qui sont actuellement énumérées dans l'annexe concernent les renseignements relatifs à l'impôt sur le revenu ainsi que ceux fournis par les particuliers, les corporations et les syndicats ouvriers à des fins statistiques. Même si ces renseignements sont déjà amplement protégés grâce aux exceptions prévues par la *Loi sur l'accès à l'information*, le Comité estime qu'il est essentiel que des organismes comme Statistique Canada puissent donner à ceux qui leur communiquent des renseignements l'assurance que ces renseignements seront traités en toute confidence. Il a été démontré que cela vaut également pour les renseignements relatifs à l'impôt sur le revenu. »

Par conséquent, le Comité a recommandé que l'article 24 et l'annexe II soient abrogés et remplacés par de nouvelles dispositions qui incorporeraient les intérêts spéciaux prévus dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la *Loi sur la statistique* et la *Loi sur les déclarations de corporations et de syndicats ouvriers* et continueraient à protéger ceux-ci. Il a également recommandé que le ministère de la Justice entreprenne un vaste examen des restrictions statutaires résiduelles prévues à l'annexe II et modifie les lois existantes, comformément à la *Loi sur l'accès à l'information.*

Il semblerait que les sages conseils du Comité soient tombés dans l'oreille de sourds, comme le montrent les statistiques. Lorsque la *Loi sur l'accès à l'information* a été promulguée, en 1983, les 33 lois qui étaient énumérées à l'annexe II contenaient ensemble une quarantaine de dispositions limitant d'une certaine manière la communication de renseignements. Trois ans plus tard, au moment de l'examen par comité parlementaire de juin 1986, l'on dénombrait 38 lois incorporant 47 dispositions relatives au secret. Au 31 décembre 2001, la liste était passée à 52 lois et 66 dispositions ayant un effet sur le caractère confidentiel des documents.

Ces dérogations détournées au droit d'accès sont tout aussi dérangeantes pour le Commissaire qu'elles l'étaient pour le Comité permanent de la Justice. Lorsque le Parlement a accordé le droit d'accès aux documents de l'administration fédérale, il avait inclus une phrase très importante, soit « nonobstant toute autre loi fédérale ». (article 4) L'élargissement à l'infini de

l'annexe II risque désormais de faire disparaître la limitation essentielle du secret rampant que ces cinq mots constituaient à l'origine.

**Comme il est clair que les exceptions prévues dans la Loi confèrent une protection suffisante à tous les secrets légitimes, le moment est venu d'abolir l'article 24.**

### iv) Remède radical pour corriger les retards

Depuis le début, les utilisateurs de la Loi sur l'accès à l'information se plaignent de la lenteur chronique de l'envoi des réponses et ce, malgré le fait que le Parlement ait clairement énoncé au paragraphe 10(3) le principe selon lequel le non-respect des délais prévus équivaut à un refus de communication. La disposition porte que :

> « Le défaut de communication totale ou partielle d'un document dans les délais prévus par la présente Loi vaut décision de refus de communication. »

La Loi ne prévoit aucune sanction pour le non-respect de l'obligation juridique de répondre à une demande de communication dans un délai de 30 jours (ou dans un délai validement prorogé). En conséquence, de nombreux ministères ont adopté très tôt des délais selon la mesure de leurs capacités, et ils le font toujours.

Les plaintes relatives aux retards--certaines après 17 ans de tentatives--représentent environ la moitié de toutes les plaintes déposées auprès du Commissaire à l'information. Plusieurs importants destinataires de demandes de communication reçoivent immanquablement une évaluation défavorable dans les fiches de rendement du Commissaire en ce qui a trait au respect des délais. (Pour plus de précisions sur les fiches de rendement du présent exercice et la situation actuelle sur le plan des retards, voir le chapitre IV, pp. 99 à 105) [du Rapport annuel 2000-2001]. Cette situation est « un scandale abominable que l'on préfère taire »--pour citer un ancien commissaire.

Dans son rapport de 1987, le Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général a recommandé que le Conseil du Trésor, de concert avec la Commission de la fonction publique, examine des moyens d'améliorer le respect des délais prévus par la *Loi sur l'accès à l'information*. Même à cette époque, le problème préoccupait tellement le Comité que ce dernier a demandé que l'examen commence immédiatement et que les résultats en soient présentés au Comité dans un délai d'un an.

Le Conseil du Trésor fait fi de la recommandation. Il n'a ni examiné des moyens de résoudre le problème ni présenté de rapport au Comité. Jusqu'à présent, aucun examen de la sorte n'a été entrepris par le Conseil du Trésor--du moins, pas à la connaissance du présent Commissaire. Il ne faut pas oublier que c'est le président du Conseil du Trésor qui est désigné comme ministre responsable de la bonne administration de la Loi dans l'ensemble du gouvernement fédéral.

Il s'agit presque d'un précédent de se trouver dans une situation où l'on cherche des moyens pour « encourager » les fonctionnaires à respecter des obligations juridiques. On n'a qu'à penser aux conséquences. Et pourtant, c'est

la situation dans laquelle se trouvait le Comité permanent de la Justice en 1987 et celle dans laquelle nous nous trouvons en 2001.

En plus de sa recommandation au Conseil du Trésor d'étudier la question, la seule autre recommandation concernant les délais qu'a formulée le Comité visait l'élaboration d'une disposition juridique concernant la communication de réponses dans un délai raisonnable et la perception de frais. Plus particulièrement, le Comité a recommandé que le Commissaire à l'information soit habilité à rendre un décret annulant les frais de communication dans les cas de retard injustifié.

Dans ses recommandations de 1993-1994 relatives à une réforme, l'ancien Commissaire à l'information, John W. Grace, était d'avis que le droit de percevoir des frais devrait être aboli dans les cas de retard injustifié dans la communication des réponses. Il a émis cet avertissement : « Certes, cette sanction serait largement symbolique, car des frais importants sont rarement perçus. Mais ce serait un début. Il n'y a aucune raison que les demandeurs aient à payer quoi que ce soit pour de mauvais services. » M. Grace a ensuite proposé une sanction qui ferait peut-être réfléchir davantage, soit l'interdiction pour le gouvernement d'invoquer certaines exceptions prévues par la Loi lorsqu'il s'agit de communications tardives. Selon sa proposition, le gouvernement ne pourrait justifier avoir dérogé à l'interdiction que s'il invoquait les articles 13, 17, 19 et 20, qui protègent les documents confidentiels émanant de l'étranger ou des provinces, la sécurité des personnes et la vie privée ainsi que les renseignements confidentiels confiés par des tiers.

Il y a un doute quant à savoir si la proposition est réalisable. Plusieurs dispositions que le gouvernement ne pourrait invoquer contiennent des critères subjectifs et, si ces critères sont respectés, l'information mérite sûrement d'être protégée même si la communication est tardive. L'idée derrière cette « sanction » est bonne. Celle-ci aurait autant de poids sans toutefois risquer la communication très dommageable de certains renseignements si elle se limitait à la perte de la possibilité d'invoquer les articles 21 (avis internes) et 23 (secret professionnel des avocats) dans les cas des communications tardives. Ces deux articles sont discrétionnaires et protègent le processus interne de prestation de conseils. Une sanction limitée de la sorte ferait mal là où il le faut.

**Par conséquent, il est recommandé que la Loi soit modifiée de manière à empêcher l'invocation des articles 21 et 23 pour justifier les communications tardives.**

Un tel remède radical aux communications tardives ne peut se justifier que si les institutions fédérales disposent d'un délai raisonnable pour répondre aux demandes de communication. En 1999-2000, les institutions fédérales ont pu respecter le délai dans 63 p. 100 des cas. En 1987, le Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général a recommandé que la délai de communication soit ramené à 20 jours. Toutefois, les demandes d'accès à l'information sont de plus en plus complexes et demandent beaucoup de recherches, et leur nombre dépasse considérablement celui de 1987. Il ne semble y avoir aucune raison

globale justifiant l'augmentation ou la réduction du délai actuel de 30 jours prévu pour la communication d'une réponse.

Toutefois, des préoccupations ont été soulevées au sujet des dispositions de la Loi concernant la prorogation de délai. Les demandeurs choisissent fréquemment de présenter un grand nombre de demandes individuelles sur le même sujet (qui peuvent être réparties selon différentes périodes) plutôt qu'une seule demande détaillée. Ils le font malgré les frais supplémentaires que cela comporte afin de tirer profit des cinq heures de recherche gratuite effectuée pour **chaque** demande.

Cette façon de procéder ne réduit toutefois pas la charge de travail dont doit s'acquitter le ministère pour donner suite à ces demandes, mais elle peut restreindre le droit prévu par la Loi d'avoir recours à une prorogation de délai. Par exemple, si aucune demande parmi un ensemble ne comporte un grand nombre de documents, le ministère ne pourrait obtenir une prorogation de délai conformément à l'alinéa 9(1)a); par contre, si l'ensemble de demandes était considéré comme étant un tout, le critère relatif au grand nombre de documents pourrait être invoqué.

**Il faudrait corriger cette faiblesse du régime de prorogation en permettant à une institution fédérale de grouper toutes les demandes provenant d'une seule personne et portant sur le même sujet (dans les 30 jours suivant la réception de la demande initiale), aux fins de l'application de l'alinéa 9(1)a) de la Loi.**

Lorsque des demandes sont ainsi groupées aux fins de l'application de l'alinéa 9(1)a), il convient d'en aviser le demandeur dans l'avis de prorogation de délai.

Bien qu'il y ait lieu d'élargir la portée de la disposition relative à la prorogation de délai de la manière susmentionnée, il faudrait également se pencher sur son manque de précision. Actuellement, lorsque des prorogations de délai sont autorisées, elles sont accordées pour une période « que justifient les circonstances ». (par. 9(1)) Compte tenu du fait qu'une plainte doit être déposée auprès du Commissaire à l'information au plus tard un an après la présentation de la demande de communication, le droit du plaignant peut en fait être nié par le recours à la prorogation de délai. Il faut également corriger cette faiblesse.

**Il est recommandé que l'article 9 soit modifié de manière qu'aucune prorogation de délai ne puisse dépasser un an sans l'approbation du Commissaire à l'information. De plus, il est recommandé que l'article 31 soit modifié de manière à accorder au Commissaire le pouvoir discrétionnaire de proroger le délai d'un an dans le cadre duquel une plainte doit être déposée.**

Une autre mesure aiderait le Parlement et le public à identifier les institutions fédérales qui ne respectent pas les délais obligatoires relatifs à la communication de l'information. L'article 72 de la Loi prévoit qu'à la fin de chaque exercice, chacun des responsables d'une institution fédérale établit pour présentation au Parlement le rapport d'application de la *Loi sur l'accès à l'information* en ce qui concerne son institution. Ces rapports sont toujours renvoyés au Comité permanent de la Justice et des droits de la personne. La Loi

ne précise en rien ce que doivent contenir ces rapports. Le Conseil du Trésor a publié des lignes directrices concernant la teneur des rapports annuels, mais il ne demande pas aux institutions d'évaluer leur rendement pour ce qui est du respect des délais de communication.

**Par conséquent, il est recommandé de modifier l'article 72 de manière à exiger des institutions fédérales qu'elles indiquent dans leurs rapports annuels le pourcentage de demandes d'accès à l'information pour lesquelles il y avait une présomption de refus au moment de la communication et qu'elles donnent les raisons de tout rendement inférieur à cet égard.** Autrement dit, toutes les institutions devraient être tenues selon la Loi de présenter au Parlement une fiche de rendement semblable à celle que le Commissaire a établie au sujet de certaines institutions au cours des dernières années.

### v) Reconnaître, encourager et protéger les coordonnateurs

Depuis l'entrée en vigueur de la Loi, chaque institution fédérale s'est occupée de l'accueil et du traitement des demandes d'accès à l'information (et de communication de renseignements personnels) et des réponses à ces demandes par l'entremise de fonctionnaires portant le titre de coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels (AIPRP). C'est toutefois là le seul élément d'uniformité. Certains coordonnateurs occupent leur poste à temps plein, d'autres à temps partiel; certains ont un poste de niveau supérieur, d'autres de niveau subalterne; certains sont habilités à accorder des exemptions, d'autres préparent simplement des dossiers au sujet desquels ils ne peuvent rendre de décisions; certains ont un accès direct aux sous-ministres, d'autres ne l'ont pas; certains sont encouragés à être les champions du droit à l'accès à l'information de leur institution, d'autres sont encouragés à appliquer la Loi au pied de la lettre.

Tous les coordonnateurs de AIPRP sont à l'occasion tiraillés entre leurs responsabilités en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* et leurs perspectives de carrière au sein de l'institution où ils travaillent. Le Comité permanent de la Justice a fait état de cette réalité troublante au cours de son examen triennal. Le Conseil du Trésor a aussi traité de ce problème après avoir examiné les réponses des coordonnateurs à une étude sur leurs rôles et leur satisfaction professionnelle qui a été effectuée en 1986. L'étude a révélé ce qui suit :

> « De façon générale, les coordonnateurs estiment qu'il y a lieu pour les cadres supérieurs fédéraux de se rendre compte de l'existence des lois sur l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels et de reconnaître que ces dernières modifient fondamentalement la conduite des affaires publiques puisqu'elles influent sur toutes les étapes du traitement de l'information fédérale, depuis sa création jusqu'à son aliénation, et que leurs répercussions vont bien au-delà du traitement administratif de demandes. » (Examen de la coordination de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels au sein des institutions fédérales, effectué par le Conseil du Trésor en 1986)

En dépit du rôle essentiel et indispensable qu'ils jouent dans le système, soit celui de transformer des droits inscrits noir sur blanc en un véritable service, les

coordonnateurs de l'AIPRP ne sont même pas mentionnés dans la *Loi sur l'accès à l'information*. Conformément à l'alinéa 5(1)d) de la Loi, le président du Conseil du Trésor est tenu de publier un répertoire des institutions visées par la Loi ainsi qu'une description de leurs fonds de renseignements. Le répertoire, intitulé Info Source, doit notamment fournir « les titre et adresse du fonctionnaire chargé de recevoir les demandes communication ». Voilà, dans la Loi, ce qui se rapproche le plus d'une reconnaissance du rôle du coordonnateur de l'AIPRP. Pire encore, aucune des inscriptions dans Info Source ne mentionne le coordonnateur de l'AIPRP. Seule la partie intitulée « Termes utiles » qui se trouve au début de la publication mentionne le coordonnateur de l'AIPRP, comme suit :

> « **Coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels**. Chaque ministère ou organisme du gouvernement fédéral a un coordonnateur de l'AIPRP dont le bureau est doté de personnel qui peut répondre à vos questions et vous aider à préciser les dossiers que vous désirez voir. Vous pouvez communiquer avec les coordonnateurs en personne, par téléphone ou par écrit. Si vous envoyez une lettre, fournissez le plus de détails possible afin que le personnel puisse repérer le dossier et vous faire parvenir une réponse dans les plus brefs délais. » (Info Source, 2000-2001, p. 4)

En 1987, le Comité permanent de la Justice estimait que, depuis longtemps, les coordonnateurs de l'AIPRP auraient dû être reconnus sur le plan professionnel, faire partie du groupe de la haute direction des ministères, participer aux activités des comités exécutifs des ministères et rendre compte directement à leur sous-ministre, qu'il faudrait élaborer un ensemble uniforme de descriptions d'emploi et une série d'attentes à leur intention, faire en sorte qu'ils reçoivent une formation officielle complète dans cette discipline et fonctionnent dans une culture de leadership qui ne les pénalise pas pour appliquer la Loi dans leur institution.

On n'a pas donné suite à ces sages recommandations. Dans presque chaque rapport annuel publié par le présent Commissaire et ses prédécesseurs depuis l'entrée en vigueur de la Loi, le rôle pénible et ingrat des coordonnateurs de l'AIPRP a été porté à l'attention du gouvernement. En 1998, le Commissaire Grace a proposé l'adoption d'un code de déontologie pour les coordonnateurs de l'AIPRP et il a recommandé à Justice Canada, au Secrétariat du Conseil du Trésor, aux utilisateurs de la Loi et aux coordonnateurs de travailler de concert pour mettre au point et adopter un tel code. Si l'on ne tient pas compte de la mise sur pied par les coordonnateurs de l'Association canadienne d'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels (ACAP) en tant que mécanisme de partage de renseignements, d'idées et de préoccupations et outil de sensibilisation et de formation au moyen de conférences et de colloques, on a accompli très peu au fil des ans pour répondre aux besoins et aux préoccupations de ces fonctionnaires. Le Parlement pourrait et devrait activer les choses en ce sens.

**À cette fin, il est recommandé :**

- **que la Loi contienne la définition suivante de « coordonnateur de l'accès à l'information » :**

  **« coordonnateur de l'accès à l'information » s'entend de l'agent d'une institution fédérale au sens de l'alinéa 5(1)d) à qui sont délégués, en vertu de l'article 73, la réception et le traitement des demandes d'accès à l'information ainsi que la communication de réponses conformément à la Loi. »**

- **que l'article 73 soit modifié comme suit :**

  **« Le responsable d'une institution fédérale peut, par arrêté, nommer un cadre supérieur pouvant rendre compte directement au responsable ou à l'administrateur général de l'institution, coordonnateur de l'accès à l'information de ladite institution, et il peut déléguer à ce fonctionnaire et à d'autres personnes qui secondent celui-ci le pouvoir de s'acquitter des devoirs et fonctions et d'exercer les pouvoirs que la Loi confère au responsable de l'institution et qui sont énoncés dans l'arrêté. »**

- **qu'un nouvel article 73.1 soit ajouté, comme suit :**

**73.1(1) – Il incombe au coordonnateur de l'accès à l'information de respecter la lettre et l'intention de la Loi et de s'acquitter de ce devoir en faisant preuve d'équité et d'impartialité.**

**(2) – Le coordonnateur de l'accès à l'information signale rapidement au responsable ou à l'administrateur général de l'institution tout cas qui est porté à sa connaissance et qui porte atteinte à des droits ou comporte un manquement aux obligations prescrites par la Loi.**

**(3) – Le coordonnateur de l'accès à l'information prend toutes les précautions voulues pour ne pas divulguer l'identité du demandeur, les motifs de la demande ni l'utilisation prévue pour les renseignements demandés sauf :**

**i) dans la mesure raisonnablement nécessaire au traitement satisfaisant de la demande de communication;**

**ii) s'il a obtenu le consentement du demandeur; ou**

**iii) si la communication de ces renseignements est autorisée en vertu de l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.**

Les coordonnateurs de l'accès à l'information peuvent en tout temps demander l'avis impartial du Commissaire à l'information au sujet de la conformité avec le présent article, et ils ne peuvent être sanctionnés de quelque manière que ce soit pour agir de la sorte.

# PARTIE B - MISE AU POINT DE LA LOI

Bien que la Loi ait permis de garantir le droit d'accès à l'information, elle a aussi fini par représenter une méthode, souvent conflictuelle, de traitement des demandes de renseignements au cas par cas--approche trop lente et trop lourde pour une société de l'information. Les progrès réalisés dans le domaine juridique devraient, bien sûr, être préservés en tant que garantie ultime d'accès à l'information pour les citoyens, mais ces principes devraient maintenant être étayés par de nouvelles mesures témoignant de l'importance accrue et du rôle élargi des renseignements administratifs fédéraux dans la société canadienne.

**Il est donc recommandé qu'un seul ministre, de préférence le président du Conseil du Trésor, soit responsable de la *Loi sur l'accès à l'information*-- de la Loi dans sa totalité, de son application et de la politique sur l'accès à l'information.**

Afin que l'appareil bureaucratique corresponde au nouveau leadership, il serait logique de séparer la Section du droit à l'information et à la protection des renseignements personnels du ministère de la Justice où elle se trouve actuellement (et de lui éviter ainsi un conflit d'intérêts inhérent) et de la fusionner avec la Division de la politique de l'information, des communications et de la sécurité du Secrétariat du Conseil du Trésor. Cette unité élargie fournirait aux fonctionnaires un véritable leadership sur la politique en matière d'information et donnerait des conseils pratiques aux milieux des coordonnateurs de l'accès. Chose plus importante encore, cette unité serait un contrepoids bien nécessaire à l'influence puissante, mais fortement légaliste, que le ministère de la Justice exerce sur tous les ministères vu son rôle consultatif pour les questions juridiques.

## Les renseignements administratifs en tant que ressource nationale

La grande leçon à tirer des 18 premières années d'existence de la Loi est claire : afin d'accroître la transparence et la responsabilisation du gouvernement, la *Loi sur l'accès à l'information* doit devenir plus que le mécanisme au moyen duquel les demandes individuelles d'accès à l'information sont présentées et traitées. Pour y parvenir, trois principes essentiels devraient être consacrés dans la loi sur l'accès. Ces principes sont les suivants :

1. **les renseignements administratifs doivent être générés, préservés et administrés comme une ressource nationale;**

2. **le gouvernement doit être tenu d'aider le public à accéder à notre ressource d'information nationale;**

3. **les renseignements administratifs doivent être facilement accessibles à tous, et tout obstacle déraisonnable (coût, temps, forme, règles ou politique du secret) doit être éliminé.**

Le fait d'élargir la Loi de ces trois manières rendrait la politique nationale d'information du Canada compatible avec le droit d'accès à l'information du public. **Compte tenu de cet important objectif, le nouveau nom qui**

**conviendrait à la Loi serait *Loi nationale sur l'information, Loi sur la transparence du gouvernement* ou *Loi sur la liberté d'accès à l'information.***

## La création des documents; leur soin et leur sauvegarde

Accepter la notion que les renseignements administratifs sont une ressource nationale, c'est reconnaître leur valeur. Reconnaître leur valeur, c'est se rendre compte de la nécessité d'en garantir la création et de les sauvegarder.

La mise en application du premier principe nécessite de nouvelles règles claires et détaillées pour la création et la sauvegarde des renseignements. Ces règles contrecarraient la pratique dédaigneuse de certains fonctionnaires qui déconseillent la création et la sauvegarde des documents importants pour éviter les rigueurs de la transparence.

**Ainsi qu'on l'a vu en détail au chapitre II, le moment est venu d'adopter une loi sur la gestion des renseignements et d'imposer, entre autres obligations, celle de créer les documents nécessaires pour étayer adéquatement et convenablement les fonctions, les politiques, les décisions, les procédures et les opérations du gouvernement.** Une obligation de créer des documents a été imposée au gouvernement fédéral des États-Unis par le *Federal Records Act*.

Des copies des documents communiqués en vertu de la loi sur l'accès comptent parmi les documents importants qui ne sont pas conservés actuellement sous une forme d'accès facile. Cela devrait changer. **Toutes les institutions gouvernementales devraient être obligées de tenir un registre public renfermant tous les documents communiqués en vertu de la loi sur l'accès.** Pourquoi des ministères devraient-ils refaire le travail déjà accompli par d'autres et pourquoi des demandeurs devraient-ils attendre inutilement et payer pour des renseignements que quelqu'un d'autre a déjà reçus? **De plus, les institutions gouvernementales devraient tenir un registre public de tous les sondages d'opinion, qui devraient être communiqués sur demande sans qu'un recours à des exceptions en vertu de la Loi ne soit nécessaire.**

## La création de voies d'accès aux renseignements

Notre ressource d'information nationale est vaste, si vaste que, sans système de navigation, elle sera peu utile au public. Un gouvernement transparent et responsable a besoin de voies d'accès publiques à l'information et d'autres choses encore. Il doit diffuser certains renseignements avec diligence. **Le gouvernement devrait être tenu de communiquer de façon systématique des renseignements qui décrivent les organisations, les activités, les programmes, les réunions et les systèmes de gestion des fonds de renseignements, ainsi que les renseignements qui indiquent au public comment accéder à ces ressources documentaires. Cette obligation en matière de diffusion de renseignements devrait s'étendre à toute information qui aiderait le public à exercer ses droits et à s'acquitter de ses obligations, ainsi qu'à comprendre les droits et les obligations du gouvernement.**

## Les frais en tant qu'obstacle

Afin d'éliminer cet obstacle en formation, la distinction existante entre les documents qu'on peut acheter, pour lesquels il n'y a pas actuellement de droit d'accès, et les autres documents auxquels la Loi s'applique, devrait être modifiée. **En particulier, le paragraphe 68a) devrait être modifié afin que seule l'information dont le prix est raisonnable et qui est raisonnablement accessible au public soit exclue de la loi sur l'accès.** Un tel changement empêcherait la prise d'arrangements de distribution qui nuisent à un accès rapide par tous aux renseignements administratifs. De plus, il ferait en sorte que les droits et les redevances pour les renseignements administratifs soient raisonnables.

Bien sûr, le fait de demander que les frais soient raisonnables est une requête banale et nous amène à poser la question suivante : quel niveau de droits est raisonnable pour l'information obtenue en vertu de la Loi et pour l'information diffusée à l'extérieur du cadre de la Loi?

À leurs niveaux actuels et vu la manière dont ils sont gérés actuellement, les droits imposés pour les demandes présentées en vertu de la Loi semblent conçus pour atteindre un but--et un seul : dissuader les gens de présenter des demandes frivoles ou excessives. Le système de droits n'est pas conçu pour générer des recettes pour les gouvernements ni même pour permettre de récupérer les coûts du traitement des demandes d'accès. Cela n'est pas une base acceptable sur laquelle édifier un droit d'accès.

**Il faudrait plutôt qu'il soit clair dans la Loi, comme c'est le cas pour les lois de l'Ontario et de la Colombie-Britannique, que les ministères peuvent refuser de répondre aux demandes frivoles ou excessives--sous réserve d'un appel au Commissaire à l'information.** Mieux vaut s'attaquer de front à cette question que pénaliser tous les demandeurs au moyen du système de droits. Afin d'écarter le risque réel que des ministères se servent de cette disposition pour temporiser, lorsque le Commissaire examine une plainte selon laquelle un ministère aurait refusé une demande d'accès pour ce motif, sa décision devrait être définitive et exécutoire.

Une fois ce changement effectué, on n'aura plus de bonnes raisons de continuer à réclamer des droits de demande de 5 $. Les seuls frais approuvés devraient être les frais de reproduction fondés sur les taux en vigueur sur le marché (pour les copies sur papier, disquette et cassette audio ou vidéo, ou les copies sous toute autre forme) et les frais actuels de recherche et de préparation de 10 $ l'heure. Par esprit d'ouverture, il semblerait raisonnable de maintenir la période de cinq heures de recherche.

Bien qu'il y ait eu périodiquement, au fil des ans, des rumeurs sur l'intention du gouvernement de hausser les frais d'accès, celui-ci aurait tout simplement tort de tenter d'accroître les recettes générées par l'application de la loi sur l'accès. Les frais annuels d'administration sont d'environ 20 millions de dollars, selon une estimation généreuse. C'est une aubaine pour un outil de reddition de comptes aussi essentiel. Le coût de la Loi est compensé par un comportement plus professionnel, plus probe et plus prudent de la part des fonctionnaires, qui doivent maintenant diriger les affaires de l'État au grand

jour. Des droits excessifs dissuadent les gens d'avoir recours à la Loi et, à la longue, le prix ainsi payé est trop élevé.

Toutefois, certains utilisateurs de la loi sur l'accès sont des courtiers professionnels en information. Ils présentent de nombreuses demandes portant sur de grands nombres de documents, puis vendent à profit les renseignements ainsi obtenus. Il est justifiable de traiter ces demandeurs commerciaux différemment. Dans le cas des demandes émanant de revendeurs d'information, le gouvernement devrait pouvoir percevoir des droits à peu près équivalents au coût réel de la production des renseignements.

Cependant, même dans ces cas-là, le prix ne devrait pas devenir un obstacle déraisonnable soit parce que des demandeurs sont considérés à tort comme des clients commerciaux, soit parce que les droits exigés sont trop élevés.

La décision de traiter une demande comme une demande commerciale devrait être susceptible de révision par le Commissaire à l'information. Les droits exigés d'un demandeur commercial devraient aussi pouvoir être révisés. Dans ces situations, pour empêcher l'utilisation de moyens dilatoires, la décision du Commissaire devrait être définitive et exécutoire.

En 1987, le Comité permanent a recommandé que la dispense du versement des droits soit prévue dans la Loi. Les gouvernements de l'Ontario et de la Colombie-Britannique ont traité de cette question dans leurs lois. Les critères du Comité sont sensés. Selon ces critères, les ministères devraient être tenus de prendre en considération ce qui suit :

- est-ce que la communication du document présentera un avantage pour un segment précis de la population, avantage qui est distinct de l'avantage qu'en retire l'auteur de la demande?
- est-ce que l'auteur de la demande peut faire une évaluation objective raisonnable de la valeur, sur le plan de la recherche ou sur le plan de la politique publique, du thème de sa recherche?
- est-ce que l'information demandée facilitera considérablement la compréhension du sujet par le grand public?
- est-ce que l'information a déjà été rendue publique, dans une salle de lecture ou dans une publication?
- est-ce que l'auteur de la demande peut montrer que les résultats de ses recherches seront vraisemblablement publiés et qu'il a les qualifications et les aptitudes nécessaires pour diffuser cette information? Le seul fait que l'auteur d'une demande se présente comme un recherchiste ou qu'il ait « l'intention d'écrire un livre » ne satisfait pas à ce dernier critère.

*La Politique du gouvernement en matière de communications* fait aussi mention de critères utiles pour la dispense des droits et des frais :

« Les institutions devraient réduire ou supprimer les droits et les frais lorsqu'il y a manifestement obligation d'informer le public, par exemple quand :

- certaines personnes ont besoin de renseignements pour se prévaloir d'un service ou d'un programme auquel elles ont peut-être droit;
- l'information est nécessaire pour que le public comprenne un nouveau programme ou service, une politique, loi ou priorité présentant une certaine importance;
- il s'agit d'expliquer les droits, la recevabilité et les obligations des individus;
- il s'agit d'informer la population des risques sur le plan de la santé, de la sécurité ou de l'environnement. »

La loi ontarienne renferme un élément de plus. Elle demande aux ministères de tenir compte « du fardeau financier éventuellement imposé au destinataire du document ».

**Tout cela pour dire que ce qui semblait nouveau et difficile à prescrire dans la Loi en 1982 est maintenant banal et devrait être incorporé dans la loi sur l'accès.**

Enfin, au sujet des droits, il est important de noter que ceux indiqués dans le règlement relativement aux frais d'utilisation d'un ordinateur ne s'accordent pas avec la réalité actuelle. Voici ce que le règlement prévoit :

7(1) Sous réserve du paragraphe 11(6) de la Loi, la personne qui présente une demande de communication de document doit payer

a) un droit de 5 $ au moment de présenter la demande; b) s'il y a lieu, un droit pour la reproduction d'une partie ou de la totalité du document, établi comme suit :

(vi) reproduction d'une bande magnétique sur une autre bande, 25 $ la bobine de 731,5 m.

(3) Lorsque le document demandé conformément au paragraphe (1) est produit à partir d'un document informatisé, le responsable de l'institution fédérale en cause peut, en plus de tout autre droit, exiger le paiement du coût de la production du document et de la programmation, calculé comme suit :

a) 16,50 $ par minute pour l'utilisation de l'unité centrale de traitement et de tous les périphériques connectés sur place; et

b) 5 $ la personne par quart d'heure passé à programmer l'ordinateur.

L'idée que produire un rapport au moyen d'une base de données équivaut à programmer un ordinateur est dépassée. La technologie actuelle, dont le prix d'achat est modique, permet de produire facilement divers rapports à partir d'une seule base de données. De plus, il était raisonnable d'exiger des frais pour l'utilisation d'une unité centrale lorsque la capacité de traitement était une ressource limitée. Les ordinateurs centraux étaient très coûteux. Une manière d'amortir le coût d'un tel appareil était d'exiger des frais pour le temps de traitement. Ce raisonnement ne s'applique pas aux ordinateurs personnels, beaucoup moins coûteux.

Grâce à la meilleure capacité de rendement et aux coûts moins élevés des ordinateurs personnels réseautés, le coût réel du temps machine est minime. Bien que des frais de 16,50 $ la minute pour le temps d'utilisation d'une unité centrale de traitement puissent être justifiés, ils le sont difficilement dans le cas d'ordinateurs personnels réseautés. **Le règlement lié à la Loi devrait être modifié de manière à ce que les frais exigés pour l'utilisation d'une unité centrale de traitement ne s'appliquent pas au traitement par ordinateur personnel.**

Une autre question à examiner relativement à l'établissement des prix concerne les frais à exiger pour les nouveaux moyens de diffusion de l'information tels que les CD-ROM et les imprimés d'ordinateur. Ces médias ne sont pas mentionnés dans le barème des droits existant. Il est clair que celui-ci vise à limiter les frais exigés du demandeur à ce qu'il en coûte pour rassembler et reproduire les renseignements. Ce principe devrait s'appliquer également aux nouvelles formes de médias.

## La forme en tant qu'obstacle

L'existence des technologies et des structures associées aux ordinateurs et aux bases de données soulève une question fondamentale : peut-on considérer les renseignements informatisés comme formant des documents distincts? Bien que le titre de la Loi renferme le mot « information », l'article portant sur l'objet de la Loi limite clairement la portée de celle-ci :

> « 2(1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale… »

Dans l'article 2 de la Loi, un document est défini comme : « Tous éléments d'information, quels que soient leur forme et leur support, notamment correspondance, note, livre, plan, carte, dessin, diagramme, illustration ou graphique, photographie, film, microformule, enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, ou toute reproduction de ces éléments d'information. »

À mesure que la technologie des bases de données évolue, les similitudes avec les documents de papier s'atténuent. Les bases de données ont fini par ressembler à des bassins de renseignements plutôt qu'à des recueils de documents distincts. Un document peut résulter de la synthèse de renseignements extraits de plusieurs fichiers-renseignements que l'on fait apparaître puis disparaître au moyen d'une commande. Un document particulier peut donc n'être créé que lorsqu'une demande est présentée et que le logiciel associé à la base de données pertinente réunit les renseignements voulus. Cependant, exclure de tels renseignements de la portée de la Loi serait incompatible avec l'objet de celle-ci.

Le droit d'accès aux documents énoncé à l'article 4 de la Loi devrait devenir le droit d'accès aux « renseignements consignés ». Partout où le terme « document » figure dans la Loi, y compris dans l'article sur les définitions, le terme « renseignement consigné » devrait être substitué. **Afin de clarifier la définition de « renseignement consigné », la définition actuelle devrait être**

**élargie afin qu'elle comprenne le courrier vocal, les courriels, les conférences par ordinateur, et d'autres communications stockées électroniquement.**

Comme les renseignements administratifs sont consignés sous de nombreuses formes, le droit d'accès devrait comprendre un droit de recevoir les renseignements sous la forme la plus utile au demandeur. Bien que la copie de papier demeure la forme de document la plus accessible et la plus couramment utilisée, d'autres formes devraient être accessibles si elles existent déjà ou qu'elles peuvent être créées sans effort excessif et à un coût raisonnable.

La *Loi sur l'accès à l'information* et le règlement renferment peu d'indications sur la forme sous laquelle l'information doit être communiquée. La Loi permet de demander les renseignements dans l'une ou l'autre de nos langues officielles. De plus, elle donne aux personnes ayant une déficience visuelle le droit d'obtenir de l'information sous une forme non traditionnelle--en gros caractères, en braille ou sur audiocassette. Le règlement fixe le prix des copies sur disquette et sous des formes non traditionnelles. Cependant, la Loi et le règlement ne font pas mention de la conversion des données d'une forme à une autre.

Si l'on fait payer les demandeurs pour ces conversions (qui peuvent être effectuées simplement et automatiquement dans beaucoup de cas), les personnes qui demanderont les mêmes conversions par la suite devront-elles payer également? Ou le ministère qui a effectué une conversion sera-t-il tenu de conserver ces données sous la forme convertie pour les futures demandes? Les documents imprimés sur demande à partir de documents électroniques seraient-ils conservés en prévision de futures demandes? Aucun règlement ne régit l'accès aux renseignements électroniques en ligne ou à distance.

**La Loi devrait être modifiée de manière à ce qu'une personne ait le droit de demander des renseignements sous une forme particulière. Les ministères devraient pouvoir refuser une telle demande pour des motifs raisonnables, mais tout refus devrait être susceptible de révision par le Commissaire à l'information.**

## Les exceptions en tant qu'obstacle

Certains détracteurs de la loi sur l'accès ont reçu de l'attention en soutenant que la Loi est plus axée sur le secret que sur la transparence à cause de sa multitude d'exceptions. Les exceptions actuelles sont le résultat d'un travail consciencieux de conciliation d'intérêts divers effectué pendant la rédaction de la Loi et les débats parlementaires dont elle a fait l'objet de 1979 à 1982. Bien que cela soit loin de faire de la Loi une loi du secret, il est indubitable que certaines des soi-disant règles du secret se sont avérées, en pratique, inutilement larges et rigides. Il faut procéder à certains changements pour réduire les obstacles à l'accès et empêcher que ces caractérisations pessimistes de la Loi ne se répandent.

Voici une brève explication de ce qui existe : certaines exceptions sont discrétionnaires, tandis que d'autres sont obligatoires; certaines sont fondées sur un critère subjectif, alors que d'autres ne le sont pas. Si une exception particulière s'applique à un document ou à une partie de document, une

institution gouvernementale peut être justifiée ou, dans certains cas, tenue de refuser de divulguer une partie ou la totalité des renseignements.

Une institution gouvernementale doit indiquer au demandeur, dans des termes généraux, le motif législatif du refus de communiquer un document ou ce que ce motif serait si le document existait. À l'heure actuelle, une institution n'est pas tenue de confirmer l'existence d'un document particulier, puisque cette information pourrait en soi fournir des renseignements utiles visés par une exception. Une institution doit prélever les parties de documents visées par des exceptions et donner accès au reste.

Voilà pour ce qui existe. Les exceptions sont des éléments difficiles à définir. Il est même plus difficile de faire le consensus sur ce qu'elles devraient être. C'est donc avec une certaine nervosité que l'on propose des changements. Néanmoins, après 18 ans, il est clair qu'il est plus que temps de procéder à certaines modifications pour que l'esprit de la Loi soit mieux respecté.

## Exceptions discrétionnaires et préjudice

Le Comité permanent de la Justice et le Solliciteur général n'ont fait qu'une recommandation générale concernant les exceptions :

> « que sous réserve des mesures précises qui sont proposées ci-dessous, toutes les dispositions prévoyant des exceptions contenues dans la *Loi sur l'accès à l'information* (...) soient reformulées de façon à être assorties d'un critère de détermination du préjudice et à être de nature discrétionnaire. Seules les exceptions touchant les documents du Cabinet (...) ne devraient pas être visées par l'obligation de démontrer que la divulgation porterait un préjudice considérable à certains intérêts. Dans les autres cas, l'institution fédérale pourrait refuser la communication de documents (...) que dans les seules circonstances où la divulgation risquerait vraisemblablement de porter un préjudice considérable à certains intérêts. »

**Sauf en ce qui concerne l'article 19 (exception protégeant les renseignements personnels) et peut-être l'article 13 (exception protégeant les documents confidentiels d'autres gouvernements), la recommandation du Comité offre une manière sensée d'accroître la transparence et la responsabilisation du gouvernement. Cependant , il ne semble pas nécessaire de charger le gouvernement de démontrer que la divulgation porterait un préjudice considérable.**

Dans des lois semblables, les gouvernements de l'Ontario, du Québec et de la Colombie-Britannique ne tentent pas de caractériser la gravité du préjudice qui risque vraisemblablement de survenir. Il est préférable que la gravité du préjudice soit l'un des facteurs pris en considération lorsqu'on exerce un pouvoir discrétionnaire pour invoquer une exception.

En ce qui concerne l'exception protégeant les renseignements personnels, le fait de la rendre discrétionnaire et de l'assortir d'un critère de détermination du préjudice changerait radicalement l'équilibre qui existe actuellement entre la *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Ce

serait une erreur. L'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information* prévoit une exception obligatoire fondée sur un critère objectif pour la simple raison que l'intention du Parlement consistait à assujettir toute divulgation publique de renseignements personnels à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Cet article donne une certaine latitude au chef d'une institution, mais cette autorisation est compatible avec les dispositions de cette dernière loi. Il faut reconnaître que cette approche diffère de celle adoptée ailleurs.

Aux États-Unis, pour la communication de renseignements personnels en vertu du *Freedom of Information Act*, un critère est utilisé pour déterminer si cette communication constituerait une atteinte nettement injustifiée à la vie privée. En Ontario, les dispositions sur l'accès et la protection des renseignements personnels sont combinées dans une seule loi qui permet la divulgation de renseignements personnels lorsqu'il n'y a pas d'« atteinte injustifiée à la vie privée ». La Colombie-Britannique a une structure semblable, mais son critère est une atteinte déraisonnable à la vie privée ».

Il est loin d'être clair que ce soit-là la meilleure manière de concilier le droit à la vie privée avec le droit de savoir ce que le gouvernement fabrique. Pour que ce genre d'approche donne des résultats, la loi doit indiquer ce qui est et ce qui n'est pas une atteinte à la vie privée selon le critère établi, quel qu'il soit. De plus, les lois de l'Ontario et de la Colombie-Britannique exigent que, lorsqu'un organisme public a l'intention de communiquer un document qui, de l'avis d'un fonctionnaire, renferme des renseignements personnels pouvant faire l'objet d'une exception, les personnes concernées en soient informées. Bien que cette façon de procéder soit équitable, elle est onéreuse et procédurière. En outre, elle ne peut manquer d'entraîner des retards. Dans l'ensemble, un tel régime est peu susceptible d'être une amélioration par rapport à la pratique fédérale actuelle et pourrait, en fait, affaiblir la protection dont jouit actuellement la vie privée des gens.

La nécessité d'une exception pour protéger les renseignements obtenus à titre confidentiel d'autres gouvernements est compréhensible. Au moyen de l'article 13 de la Loi, une protection obligatoire est accordée aux renseignements fournis au gouvernement fédéral par des gouvernements étrangers, des gouvernements provinciaux et des administrations municipales. Chaque gouvernement devrait être responsable du contrôle et de la communication de ses propres renseignements. **Il faut avoir la même courtoisie pour les instances gouvernementales secondaires d'États étrangers (p. ex. un État des États-Unis d'Amérique)**. Cette disposition a été étendue à un gouvernement autochtone au moyen d'une modification accessoire à la *Loi sur l'Accord définitif nisga'a*, qui a été édictée le 11 mai 2000.

Les lois sur l'accès à l'information de l'Ontario, de la Colombie-Britannique et de l'Alberta prévoient déjà des exceptions discrétionnaires pour les documents relatifs aux rapports intergouvernementaux, et les motifs qui justifient ces exceptions ressemblent énormément à des critères fondés sur le préjudice (par

exemple, les renseignements ne sont pas communiqués s'il est raisonnable de s'attendre à ce que leur communication divulgue des renseignements confidentiels). **L'article 13 devrait être réécrit de manière à y prévoir une exception discrétionnaire fondée sur le critère du préjudice. Une règle de non-divulgation pour une période de 15 ans peut-être devrait s'appliquer à tous ces renseignements confidentiels, à moins que ceux-ci ne concernent des questions d'application de la loi ou de sécurité et de renseignement, ou ne fassent l'objet d'accords et d'arrangements internationaux détaillés. En outre, le principe de primauté de l'intérêt public devrait s'appliquer à cette exception.**

## Primauté de l'intérêt public

Le Comité permanent a aussi discuté d'une autre disposition novatrice de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* de l'Ontario, qui était alors un avant-projet de loi. Le passage en question se lit comme suit :

> « Malgré toute autre disposition de la présente Loi, la personne responsable qui a des motifs raisonnables et probables de croire qu'il y va de l'intérêt public, divulgue au public ou aux personnes intéressées dans les meilleurs délais, compte tenu des circonstances, le document révélateur d'un grave danger pour la santé ou la sécurité du public ou pour l'environnement. »

**L'absence dans la Loi fédérale d'une disposition concernant la primauté de l'intérêt public est une grave lacune qu'il faudrait combler. Encore une fois, sauf s'il s'agit de protéger des renseignements personnels, la Loi devrait astreindre le gouvernement à communiquer, par suite d'une demande ou non, tout renseignement pertinent lorsque l'intérêt public l'emporte sur tout intérêt protégé par les exceptions.**

Encore là, par voie de référence à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, l'exception prévue à l'article 19 (renseignements personnels) renferme déjà un critère conçu tout spécialement pour protéger l'intérêt public. Le sous-alinéa 8(2)m)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* autorise le gouvernement à divulguer des renseignements personnels sans le consentement de la personne concernée lorsque des raisons d'intérêt public justifient nettement une éventuelle violation de la vie privée. Il est tout à fait légitime de conserver ce niveau élevé de protection des renseignements personnels.

## Article 14 : Affaires fédéro-provinciales

Selon une recommandation de longue date remontant à l'ébauche du projet de loi original et reprise dans *Une question à deux volets*, le mot « affaires » devrait être remplacé par le mot « négociations ». Cette modification permettrait de réduire la portée de l'exception sans porter atteinte aux intérêts en cause. Cette recommandation devrait être appuyée.

## Article 15 : Affaires internationales et défense nationale

On reçoit fréquemment des plaintes de la part de demandeurs concernant la manière dont cette exception compliquée est invoquée. C'est le Comité permanent qui a brossé le meilleur tableau de la situation, dans *Une question à deux volets :*

« La loi prévoit un critère général de détermination du préjudice, après quoi elle décrit neuf catégories de renseignements dont la divulgation peut être refusée. On peut soutenir que la communication de tout renseignement qui rentre dans l'une ou l'autre de ces catégories doit être refusée, même si sa divulgation n'entraînerait aucun préjudice. Le Commissaire à l'information a interprété cet article de la façon suivante : l'institution doit non seulement établir que les documents dont on refuse la communication sont identiques ou similaires aux documents décrits dans l'article, mais elle doit encore fournir une preuve de la nature du préjudice qui risquerait vraisemblablement de survenir si le document en question était communiqué. D'un autre côté, le ministère de la Justice a affirmé qu'il n'est pas essentiel que les catégories prévues s'appliquent strictement à l'information recherchée avant que l'on se prévale du droit de refus, dans la mesure où l'on prouve la présence d'un préjudice. »

Le Comité craignait que, tel qu'il est interprété actuellement, cet article ne fasse pas suffisamment bien le lien entre le préjudice et les neuf catégories de renseignements ou les exemples. Les craintes du Comité sont encore justifiées et sa recommandation mérite un appui renouvelé. **L'article 15 de la Loi devrait être modifié de manière à préciser que les catégories de renseignements énumérées ne sont que des exemples de cas où la divulgation pourrait entraîner un préjudice. Le principal critère devrait consister à déterminer si la divulgation risque de porter préjudice à un intérêt de l'État analogue à ceux indiqués.**

## Article 16 : Application des lois

**Il a déjà été recommandé qu'un critère de détermination du préjudice soit inclus dans tous les éléments de l'article 16. De fait, cela entraînerait une abrogation des alinéas 16(1)a) et b), puisque toute cette information serait couverte par l'alinéa 16(1)c) si un critère de détermination du préjudice était introduit.**

Rien ne peut justifier un refus de divulguer de l'information à moins qu'on ne puisse démontrer qu'un intérêt important risque vraisemblablement de subir un préjudice. Cet axiome vaut tant pour l'application des lois et le renseignement que pour tout autre domaine.

En dix ans, nous n'avons par découvert de raisons impérieuses d'accorder à de tels intérêts un délai de grâce de vingt ans durant lequel on peut refuser de divulguer de l'information sans avoir à montrer qu'un préjudice résulterait de la communication de ces renseignements. Cette position sera controversée dans les milieux policiers, tout comme l'a été la disposition originale. Bien qu'une certaine nervosité professionnelle soit compréhensible, les craintes ressenties sont aussi peu fondées maintenant qu'autrefois. Les changements recommandés mettront la Loi fédérale en harmonie avec les dispositions de l'Ontario, de la Colombie-Britannique et de l'Alberta concernant l'application des lois.

## Article 17: Sécurité des individus

En dix ans, le gouvernement a rarement invoqué l'exception relative à un danger pour la sécurité des individus pour refuser l'accès à des

renseignements. Celle-ci existe surtout pour les cas concernant des documents relatifs à des délinquants. **Néanmoins, il serait utile de régler d'avance un point litigieux en puissance en indiquant clairement que cette exception s'applique également si la divulgation risque vraisemblablement de nuire à la santé mentale ou physique d'une personne.** La loi de la Colombie-Britannique renferme cette disposition additionnelle, qui devrait aussi figurer dans la Loi fédérale.

### Article 18 : Intérêts économiques du Canada

L'article 18 est un véritable pot-pourri. C'est lui qui accorde au gouvernement une protection à peu près équivalente à celle que l'article 20 accorde aux renseignements de nature commerciale et technique. **Il devrait être modifié afin que ses dispositions concernant la communication des résultats d'essais de produits ou d'essais d'environnement correspondent davantage à celles de l'article 20.** C'est ce qu'a recommandé le Comité permanent. De plus, l'expression « valeur importante » qui figure à l'alinéa 18a) au sujet des secrets industriels ou des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques devrait être précisée par l'ajout de l'adjectif « monétaire ».

Une nouvelle question se pose également; il s'agit de la protection des renseignements commerciaux de nature confidentielle pour les organismes de service spéciaux (OSS) du gouvernement. Plusieurs de ces organismes doivent maintenant rivaliser avec le secteur privé sans bénéficier de la protection accordée à d'autres entreprises en vertu de l'article 20--renseignements de tiers.

### Article 19 : Renseignements personnels

Ainsi qu'on l'a vu plus haut, aucun changement majeur à l'article 19 n'est recommandé dans le présent rapport. Il faudrait résister à toute tentation d'y ajouter un critère d'atteinte injustifiée à la vie privée. Un tel ajout aurait pour effet de créer un lourd processus de notification sans améliorer sensiblement l'actuel équilibre entre le droit à l'accès et le droit au respect de la vie privée. En outre, un tel changement pourrait être considéré comme une tentative pour saper les mécanismes de protection des renseignements personnels à une époque où les inquiétudes du public à cet égard sont plus grandes que jamais.

### Article 20 : Renseignements confidentiels sur des entreprises

L'article 20 de la Loi protège certains types de renseignements fournis à une institution gouvernementale par un tiers. Un tiers peut être une personne, un groupe ou une organisation. En pratique, la plupart du temps, c'est une personne morale. En règle générale, l'article 20 protège les secrets industriels et les renseignements financiers et techniques confidentiels dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à l'entreprise ou de nuire à des négociations contractuelles. Les exceptions justifiées par l'article 20 comptent parmi celles qui sont le plus fréquemment utilisées, dont on abuse le plus et qui font le plus l'objet de litiges en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. De nombreux problèmes de retard sont liés à des demandes de renseignements sur des entreprises.

Avec l'exception protégeant les renseignements personnels (prévue à l'article 19), l'exception concernant la protection des renseignements de tiers est la plus utilisée pour refuser la divulgation de documents. Ces deux exceptions sont aussi les principales raisons pour lesquelles certains renseignements qui étaient accessibles avant la promulgation de la Loi ne le sont plus. Cependant, dans le cas de l'article 20 (contrairement à l'article 19), un accroissement de la protection des renseignements n'est pas justifié.

L'actuel commissaire a vu des milliers de documents détenus par le gouvernement qui concernaient des entreprises privées. Les véritables secrets sont rares. Dans certains milieux, sonner l'alarme du désavantage concurrentiel est devenu autant un réflexe que cligner des yeux. Les fonctionnaires ont presque cessé de se soucier de l'intérêt du public pour la transparence des relations du gouvernement avec les entreprises privées.

**De nouvelles règles sont nécessaires pour régir le droit d'en savoir plus long sur les relations du gouvernement avec le secteur privé. D'abord, la Loi devrait informer les entreprises qui choisissent de soumissionner pour obtenir des contrats du gouvernement que le contenu de la soumission et du contrat final sera communiqué au public sur demande.** L'accès à de tels documents est essentiel si l'on veut que cette facette du gouvernement soit transparente et que le public soit convaincu que l'argent des contribuables est dépensé judicieusement. Dans l'état actuel des choses, seule une vue partielle est possible. Les soumissions retenues sont communiquées partiellement; les autres ne le sont pas du tout. Les prix contractuels sont révélés sans autre précision. Cela ne suffit pas. Il faudrait modifier l'article 20 afin d'accroître la transparence du processus gouvernemental de passation des marchés.

Le gouvernement détient une grande quantité de renseignements sur des entreprises privées, information sans rapport avec les contrats gouvernementaux. Notre société est très réglementée. Dans de nombreux domaines--agriculture, santé, communications, environnement, pêche, affaires autochtones, développement régional--l'information obtenue d'entreprises du secteur privé occupe une place importante dans les dossiers gouvernementaux. Par suite de la réduction de l'effectif fédéral et des efforts de privatisation, le secteur privé s'occupe d'un nombre croissant de questions ayant une incidence sur le bien public. Les fonctionnaires et les gens d'affaires ne devraient pas pouvoir s'entendre pour garder de l'information secrète. Pourtant, l'alinéa 20(1)b) passe terriblement proche d'autoriser un arrangement aussi commode. Il astreint le gouvernement à refuser de communiquer :

> « des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers ».

**La disposition de l'alinéa 20(1)b) devrait être abolie**. L'alinéa 20(1)c), tel qu'il est actuellement, suffit parfaitement à satisfaire tout besoin légitime qu'une entreprise aurait de garder des renseignements secrets. Il contraint le gouvernement à ne pas divulguer :

« des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité ».

Il est douteux qu'on ait besoin de l'alinéa 20(1)a) (concernant les secrets industriels), eu égard à l'alinéa 20(1)c). Tout renseignement qui remplirait les conditions requises pour demeurer confidentiel en tant que secret industriel réunirait certainement les conditions voulues pour rester secret en vertu de l'alinéa 20(1)c).

Le principe de primauté de l'intérêt incorporé dans le paragraphe 20(6) est un élément particulièrement insatisfaisant de l'article 20. Bien qu'il soit essentiel que l'intérêt public prime--nous devons être mis au courant des dangers présentés par des avions, des médicaments et des produits, quelles que soient les conséquences pour leurs fabricants--cela n'a aucun sens de limiter l'application de ce principe aux questions « concernant la santé et la sécurité publiques ainsi que la protection de l'environnement »; l'intérêt public dans des domaines tels que la protection des consommateurs mérite d'être protégé également.

La recommandation susmentionnée voulant qu'un principe général de primauté de l'intérêt public s'applique à toutes les exceptions réglerait ce problème. **Même si le Parlement n'accepte pas de principe général, le principe de primauté du paragraphe 20(6) devrait être élargi.**

En plus de faire preuve d'une prudence excessive en étendant la protection du secret aux entreprises privées, la Loi actuelle met en place une lourde procédure qui contribue aux retards et au fardeau administratif.

Les retards sont le résultat de l'obligation pour les institutions gouvernementales d'aviser directement et de consulter les tiers concernés avant de communiquer des documents. Des obligations semblables sont imposées au Commissaire à l'information s'il se propose de recommander la divulgation de renseignements. Souvent, un grand nombre de tiers sont touchés (il y a eu un cas où l'on en comptait 126 000) et l'obligation de les aviser directement et de les consulter est tout simplement impossible à exécuter. Dans ces situations, les ministères sont tentés d'opter pour la solution de facilité. Ils refusent tout bonnement de divulguer les renseignements et renvoient le demandeur insatisfait au Commissaire à l'information, avec tous les problèmes de notification et de consultation.

Le Comité permanent a fait plusieurs recommandations pour améliorer la situation. **Entre autres choses, il a recommandé de permettre l'utilisation d'autres modes d'avis--avis public ou annonce--lorsqu'ils sont efficaces, pratiques et moins coûteux que l'avis direct. Cette recommandation est tout à fait sensée et devrait faire partie de la législation fédérale.**

## Article 21 : Avis et recommandations

Avec l'exclusion des documents confidentiels du Cabinet, la protection accordée aux avis et aux recommandations est la disposition la plus controversée de la *Loi sur l'accès à l'information*. Depuis les premières discussions jusqu'à

maintenant, ses détracteurs ont attaqué le libellé général de cette exception qu'on peut faire englober--et exclure--toutes sortes de renseignements gouvernementaux. Le Comité permanent s'est dit d'avis que cette exception présentait « les plus grands risques d'abus ». Le gouvernement a semblé partagé cet avis car il pris soin de recommander la prudence dans ses politiques et d'y intégrer le critère du préjudice qui brille par son absence dans la Loi.

Il s'agit donc de savoir comment modifier l'article 21. Le Comité permanent a recommandé d'y intégrer un critère de détermination du préjudice qui témoignerait du besoin de transparence dans le processus décisionnel--mesure conforme à la politique du Secrétariat du Conseil du Trésor. Le Comité a en outre proposé qu'il soit précisé dans l'article en question que l'exception s'applique uniquement aux avis et aux procès-verbaux utilisés pour prendre des décisions d'ordre politique et non aux renseignements concrets sur lesquels le processus décisionnel courant est fondé. Enfin, il a recommandé que la période de grâce de vingt ans soit ramenée à dix ans, ce qui semble suffisamment long pour protéger les documents utilisés pour la prise de décisions.

**Ces recommandations du Comité constituent plus qu'un bon début. Cependant, il faut pousser la réforme plus loin. Pour la modification de l'article 21, il faudrait s'inspirer des lois de l'Ontario et de la Colombie-Britannique. Chacune d'entre elles renferme une longue liste de renseignements non protégés par cette exception--renseignements concrets, sondages d'opinion, enquêtes statistiques, prévisions économiques, énoncés d'incidences environnementales et rapports de groupes de travail internes.**

**Il faudrait aussi tenter de définir le terme « avis » d'une manière aussi sensée et équilibrée que dans le manuel des politiques du Conseil du Trésor.**

**L'exception devrait être clairement limitée aux communications faites aux fonctionnaires, au personnel ministériel et aux ministres, ainsi qu'aux communications qui émanent de ces personnes. De plus, le principe de primauté de l'intérêt public devrait s'y appliquer. Ensemble, ces changements permettront de déterminer avec plus de précision les renseignements qui peuvent être protégés, afin que le gouvernement puisse continuer à délibérer en privé lorsque c'est nécessaire.**

**Enfin, l'alinéa 21(1)d) devrait être modifié. Telle qu'elle est actuellement, l'exception ainsi prévue permet aux fonctionnaires de refuser de communiquer des renseignements sur des projets élaborés mais non approuvés. Ainsi que le prévoit déjà la loi de la Colombie-Britannique, le public devrait pouvoir examiner tant les projets rejetés que les projets mis en œuvre.**

## Article 23 : Secret professionnel des avocats

Au cours des dix dernières années, il est devenu évident que la manière dont le gouvernement (lire le ministère de la Justice) applique et interprète l'article 23 est insatisfaisante. La plupart des avis juridiques, si vieux, généraux ou peu controversés qu'ils soient, sont jalousement protégés. **Par esprit de transparence, la riche mine gouvernementale d'avis juridiques sur tous les sujets imaginables devrait être mise à la disposition des membres intéressés du public.**

**Ces avis ont été obtenus avec l'argent des contribuables et, à moins que leur communication ne risque vraisemblablement d'être préjudiciable à la conduite des affaires gouvernementales, ils devraient être divulgués.** Ces avis sont pour les avocats ce que les décisions anticipées en matière d'impôt sont pour les comptables et ils devraient être tout aussi accessibles.

Mentionnons un dernier point au sujet de l'article 23. La Loi est sans équivoque : l'article 23 est subordonné à l'article 25 : tout renseignement qui ne bénéficie pas de la protection du secret professionnel des avocats doit être communiqué. L'article 25 traite de l'obligation du « prélèvement ». Les tribunaux ont décidé, eux aussi, que l'article 23 est assujetti à l'obligation du prélèvement. Néanmoins, le ministère de la Justice continue d'aviser les institutions de ne pas appliquer la disposition sur le prélèvement aux documents renfermant des renseignements protégés par le secret professionnel des avocats. Ce ministère s'accroche à l'idée que, si toute partie d'un document renfermant des renseignements protégés est divulguée, la protection du reste du document pourrait être compromise.

**Pour cette raison, il faudrait modifier l'article 23 de manière à préciser que l'application de la disposition sur le prélèvement à un document en vertu de l'article 25 n'entraîne pas de perte de protection pour les autres parties du document.**

Ces précisions, avec la recommandation voulant que le critère de détermination du préjudice et le principe de primauté de l'intérêt public s'appliquent à cette exception, mettront l'un des bastions du secret instinctif les mieux gardés en conformité avec les principes de la transparence gouvernementale.

## Article 26 : Information devant être publiée

Le raisonnement sur lequel cette exception repose est solide. Si le gouvernement projette de publier un document au bout d'un laps de temps raisonnable, il peut refuser l'accès à ces renseignements avant leur publication sans pour autant porter atteinte au principe de la transparence. Ceci dit, cette disposition a servi en pratique à retarder indûment la communication de renseignements. Ce problème devrait être réglé.

**D'abord, la période de grâce prévue actuellement--90 jours--est inutilement longue. Une période de soixante jours suffirait amplement vu les méthodes d'impression moderne; la Loi devrait être modifiée afin de réduire la période de grâce.**

Deuxièmement, certains se servent de cette disposition comme tactique pour gagner du temps. Une institution peut recevoir une demande de document, refuser cette demande en invoquant l'article 26, puis, au bout du délai de grâce, changer d'idée au sujet de la publication du document en question et appliquer simplement des exceptions à ce document. **Il faudrait modifier l'article 26 pour empêcher de tels abus en stipulant que si le document n'est pas publié dans les 90 jours (ou les 60 jours, conformément à la recommandation), il devra être communiqué immédiatement et en entier sans qu'aucune partie ne soit exclue.**

Troisièmement, cette disposition ne s'étend pas à la publication par affichage dans un site Web. **Il convient d'élargir la disposition afin qu'elle s'applique à toute forme de publication, notamment par la voie électronique.**

## Protection des témoins

Le paragraphe 36(3) de la Loi incite les témoins à être coopératifs et francs avec le Commissaire en disposant que leurs dépositions ne peuvent être admissibles contre eux sauf dans certaines circonstances, notamment si une personne est poursuivie pour une infraction à la Loi. Par suite de l'ajout de l'article 67.1 à la Loi en 1999, une nouvelle infraction a été créée (modification ou destruction injustifiable de documents).

Le paragraphe 36(3) n'empêche pas l'utilisation des dépositions d'un témoin contre celui-ci s'il est poursuivi pour une infraction à l'article 67.1. Cela pose des problèmes d'équité ainsi que des problèmes d'ordre pratique au Commissaire pour ce qui est d'obtenir la collaboration des témoins et des dépositions véridiques. Le Commissaire n'a pas pour tâche de mener des enquêtes criminelles et les témoins ne devraient pas craindre de s'incriminer eux-mêmes relativement à toute infraction, sauf le parjure et l'entrave, lorsqu'ils font leurs dépositions.

**Par conséquent, il est recommandé que le paragraphe 36(3) soit modifié de manière à préciser que les dépositions faites par un témoin devant le Commissaire sont inadmissibles contre le déposant en cas de poursuite pour une infraction à l'article 67.1.**

## Article 68

L'article 68 exclut de la Loi « les documents publiés ou mis en vente dans le public ». Il est arrivé que des renseignements soient en vente à un prix prohibitif ou qu'ils soient publiés sous une forme inaccessible à certaines personnes. Pourtant, malgré les obstacles à l'accès que constituaient, en pratique, le prix et la forme des renseignements, il n'a pas été possible aux chercheurs d'information de revendiquer un droit d'accès en vertu de la Loi.

Ces cas sont rares, mais ils pourraient se multiplier lorsque le gouvernement commencera à utiliser exclusivement des sites Web pour « publier » des renseignements alors que de nombreux citoyens n'auront peut-être pas accès à Internet.

**Il faudrait combler cette lacune de l'article 68 en disposant que les documents qui peuvent être achetés à un prix raisonnable et qui sont publiés sous des formes raisonnablement accessibles sont exclus de la Loi. En cas de désaccord sur le sens de ces termes, une plainte pourrait être portée auprès du Commissaire à l'information.**

# Annexe B

## A: Profil du requérant

❑ Particulier

❑ Médias

❑ Député/Sénateur

❑ Chercheur

❑ Organisation d'intérêt public

❑ Entreprise commerciale

❑ Autre (préciser)

## B: Profil du contenu

Catégorisation du contenu selon les secteurs d'activité du ministère et tendances liées aux demandes.

- Politiques
- Adm./Pers./Fin
- Marchés
- Subventions/Contributions
- En vertu d'un règlement
- Opérations

## C: Profil du temps de traitement de la demande (30 jours)

***i) Étapes de traitement :***

❑ Réception

❑ Allocation/Examen - Recherche - BPR

❑ Communications

❑ Examen - Décision - service d'AIPRP

❑ Approbation -BPR
-SM
-BM

❑ Traitement final

***ii) Normes :***

Nombre total de demandes

❑ Jours nécessaires pour chaque étape

❑ Nombre réel d'heures de recherche et de préparation

❑ Nombre total de jours pour traiter la demande

❑ Nombre de refus présumés

❑ Durée du refus présumé

❑ Nombre et durée des prorogations

## D: Profil des prorogations

9(1)a)
- Volume (pages)
- BPR

9(1)b)
- Autres institutions
- Autres gouv. - À l'étranger
- Au Canada
- Particulier
- Article 69
- Autre - préciser

9(1)c)
- 20 jours (Représentations - Tiers)
- 30 jours (de la date de réception de l'avis)

## E: Divulgation/Application d'exemptions

**Obligatoire:** **Discrétionnaire:**

13(1)a), etc. Nombre 21(1)a), etc. Nombre

% de données demandées divulguées

❑ 100

❑ 75

❑ 30

❑ 25

❑ 0

- Pages fournies au total
- Pages partiellement fournies
- Total des pages non divulguées

## F: Profil des coûts et des droits

*i) Politique*

- collecte
- dispense
- remboursement

❑ A - Nombre de requêtes demandant une dispense des frais

❑ B - Source

❑ C - Montant de la dispense des frais (voir A)

❑ Montant de l'évaluation des frais

❑ Photocopie

❑ Préparation

❑ Programmation

❑ Acompte demandé

❑ Acompte versé

❑ Frais remboursés

*ii) Total des frais obtenus*

- photocopie
- préparation
- programmation

❑ Total de la dispense

❑ Coûts salariaux totaux (AIPRP)

❑ Total des coûts F&E (AIPRP)

❑ Frais opérationnels totaux (selon le nombre d'heures de recherche)

❑ Autres critères vérifiables

## G: Profil des communications avec le requérant

❑ Clarification (article 6) et réponse du requérant (nombre de jours depuis la réception)

❑ Estimations des frais et réponse du requérant (nombre de jours depuis la réception)

❑ Autre (nombre de jours depuis la réception)
But

## H: Profil du type de réponse

❑ Copies

❑ Visionnement

❑ Abandon du requérant

## I: Profil du transfert

Nombre en 15 jours

Nombre refusés